



Centro Universitário de Brasília – Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

FELIPE LOURENÇO ABATH SILVA

**SEGURANÇA JURÍDICA DINÂMICA E SEUS REFLEXOS NO ATIVISMO
CONSTITUCIONAL.**

BRASÍLIA

2017

FELIPE LOURENÇO ABATH SILVA

**SEGURANÇA JURÍDICA DINÂMICA E SEUS REFLEXOS NO ATIVISMO
CONSTITUCIONAL.**

Trabalho de monografia apresentado como requisito de conclusão no curso de graduação em Direito, pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Professora Doutora Christine Oliveira Peter da Silva.

BRASÍLIA
2017

FELIPE LOURENÇO ABATH SILVA

**SEGURANÇA JURÍDICA DINÂMICA E SEUS REFLEXOS NO ATIVISMO
CONSTITUCIONAL.**

Trabalho de monografia apresentado como requisito de conclusão no curso de graduação em Direito, pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Professora Doutora Christine Oliveira Peter da Silva.

Brasília, 27 de março de 2017

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. CHRISTINE OLIVEIRA PETER DA SILVA.

Orientadora

Examinador

Examinador

Aos meus pais e à minha irmã, companheiros de vida,
os quais Deus escolheu para estarem junto a mim nesta
jornada terrena.

AGRADECIMENTOS

Agradeço acima de tudo a Deus, Pai Celestial, razão inicial do meu existir. Quem me propicia o prazer da vida, sempre me guardando e abençoando.

À minha mãe, Maria Isabel, e ao meu pai, Sérgio Luiz, razões do meu viver, incentivadores de meus projetos e apaziguadores de meus anseios. Fontes de sabedoria para os percalços da vida e fontes constantes de amor e dedicação em todos os momentos. Arquitetos de minha estrutura humana, corrigindo minhas vicissitudes e incentivando meus acertos. Grandes seres humanos, sábios conselheiros, exemplos de retidão, sem os quais eu nada seria.

Aos meus queridos avós, os quais também fizeram parte de minha caminhada, acalentando minhas pegadas e impulsionando meus passos.

À Professora Christine Peter, sem a qual este trabalho não haveria de dar seus primeiros passos. Incentivadora de minha vida acadêmica, com a qual tive o grande prazer de aprender desde o início da faculdade. Quem me ofereceu as estruturas adequadas ao Estudo do Direito Constitucional, clareando as águas dos mares em que todos os que buscam a vida acadêmica têm de navegar.

“A esperança é como o céu noturno: não há recanto tão escuro onde um olhar que se obstina não acabe por descobrir uma estrela.”

Octave Feuillet.

RESUMO

O presente trabalho monográfico objetiva apresentar uma nova abordagem quanto ao tema da segurança jurídica, apresentando os seus aspectos estático e dinâmico. A sua relevância acadêmica encontra-se exatamente nesta proposta de apresentar a segurança jurídica sob uma nova ótica, qual seja a dos debates promovidos no NEC – Núcleo de Estudos Constitucionais, do qual faço parte e do qual é líder de pesquisa a Professora Christine Peter. A segurança jurídica pode ser vista sob o paradigma do Estado de Direito, no qual assume característica mais estática, e sob o paradigma do Estado Constitucional, onde assume uma característica mais dinâmica. Diversos sociólogos, como Zigmunt Bauman e Franz Josef Brüseke, têm constatado a liquidez e a dinamicidade caótica das sociedades modernas. Não deve o Direito deixar de acompanhar as mudanças sociais que, em tempos contemporâneos, ocorrem num passar de segundos. Para tanto, far-se-á necessário promover a atualização da norma por meio de uma técnica de interpretação capaz de dar ao direito a velocidade que necessita para acompanhar a sociedade. É nesse sentido que o ativismo constitucional, pautado na técnica da Hermenêutica Constitucional Aberta defendida por Peter Häberle, mostra-se como instrumento capaz de atualizar a norma e, assim, garantir o aspecto dinâmico da segurança jurídica. É evidente que a previsibilidade das decisões e o respeito ao processo legislativo, temas relacionados ao aspecto estático da segurança jurídica, têm seu papel importante na fundação do Estado de Direito e continuam importando para a garantia dos cidadãos no Estado Constitucional. Contudo, deve-se, também, em alguns casos, voltar os olhos para a garantia de adequada prestação jurisdicional e de realização de justiça no caso concreto, o que é papel da segurança jurídica dinâmica.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Segurança Jurídica Estática. Segurança Jurídica Dinâmica. Ativismo Constitucional. Hermenêutica Constitucional Aberta.

Sumário

INTRODUÇÃO	12
1. DA PASSAGEM DO ESTADO DE DIREITO PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL.	16
1.1 Do Estado de Direito	16
1.1.1 <i>Do Estado de Direito Liberal</i>	17
1.1.2 <i>Do Estado de Direito Social</i>	20
1.1.3 <i>Do Estado de Direito Democrático</i>	22
1.2 Do Estado Constitucional	26
1.2.1 <i>Do Surgimento do Estado Constitucional</i>	26
1.2.2 <i>Da força normativa da Constituição e das suas mutações paradigmáticas</i>	30
1.2.3 <i>Do deslocamento da Reserva da Lei para a Reserva da Constituição</i>	34
2. DA SEGURANÇA JURÍDICA	39
2.1 Do surgimento da Segurança Jurídica	39
2.2 Da Segurança Jurídica Estática: Conteúdo da Segurança Jurídica no contexto do Estado de Direito.	40
2.3 Da Segurança Jurídica Dinâmica: Do Conteúdo da Segurança Jurídica no contexto do Estado Constitucional	45
3 . DO ATIVISMO JUDICIAL E SUA CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL	57
3.1 Da distinção entre Ativismo Judicial e Judicialização da política	57
3.2 Do ativismo constitucional	62
3.3 Do Ativismo Constitucional como instrumento capaz de assegurar a Segurança Jurídica Dinâmica por meio da hermenêutica aberta proposta por Peter Häberle.	68
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico pretende investigar as características e o modo de aplicação da segurança jurídica inserida no contexto do Estado Constitucional, o que necessariamente implica uma análise a partir do paradigma da hermenêutica constitucional aberta, desenvolvida pelo jurista Peter Häberle, com base nos ensinamentos do filósofo Karl Popper. Essa vertente da segurança jurídica, qual seja a vertente dinâmica, também propicia uma melhor compreensão da grande onda de interpretações proativas do Direito desenvolvidas pelos mais diversos Tribunais.

Como já dito, o marco teórico do presente trabalho de pesquisa é o Estado Constitucional, o qual admite a supremacia da constituição como ponto fundante de seu ideário. Isso posto, torna-se necessária a compreensão de que o presente trabalho, ao admitir estarmos inseridos em um contexto normativo neoconstitucional, apresenta ideias pertinentes a esse contexto, as quais são consideradas como válidas durante todo o seu desenvolvimento.

A novidade do presente trabalho monográfico está em apresentar uma nova abordagem para o conceito de segurança jurídica e a de pretender distinguir o conteúdo da segurança jurídica no contexto do Estado de Direito – segurança jurídica estática - para seu conteúdo no contexto do Estado Constitucional – segurança jurídica dinâmica. Também se mostra como nova a abordagem que se pretende dar aos constantes e atuais debates acerca do ativismo judicial em relação à segurança jurídica. São diversos os debates sobre o tema, mas da pesquisa realizada, verifica-se que não houve ainda preocupação da doutrina com o instituto que aqui se irá chamar de segurança jurídica dinâmica.

É evidente que a modernidade trouxe para o mundo velocidades nunca antes alcançadas. As velocidades das informações e das transformações alcançaram ápices nunca antes vistos em outros períodos históricos. Desse modo, pareceu ser necessário tratar de uma nova abordagem ao tema da segurança jurídica, abordagem essa não só mais preocupada com a imutabilidade e previsibilidade das decisões, mas, também, com a atualidade constante da pretensão jurisdicional.

A segurança jurídica dinâmica pretende se apresentar com um conteúdo muito mais hermenêutico do que a segurança jurídica estática¹. Como se verá ao longo deste trabalho, a

¹ Termo desenvolvido durante os debates do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos Constitucionais, o qual compartilho com a professora Dra. Christine Peter.

segurança jurídica estática, muito mais preocupada com a previsibilidade das decisões, parece tratar somente de uma hermenêutica constitucional mais fechada, positivada, aquela previsível porque fundada na letra da lei. Por outro lado, a segurança jurídica dinâmica busca ir além da previsibilidade das decisões judiciais, busca alcançar a ideia de prestação jurisdicional adequada ao tempo e ao espaço.

Desse modo, a hermenêutica mais adequada para essa prestação, que busca estar atualizada ao tempo e ao espaço dos casos concretos, parece ser a hermenêutica desenvolvida por Peter Häberle, qual seja uma hermenêutica aberta, que permite ser informada pelos mais diversos elementos e setores sociais e, principalmente, pelos destinatários da própria norma.

O Legislador, apesar de ser o primeiro intérprete da Constituição, por ser aquele que faz a lei e o primeiro legitimado, portanto, a interpretá-la, não pode ser seu único intérprete. A letra da lei, inserida em um mundo de velocidades inimagináveis e de uma globalização imensurável, rapidamente se vê desatualizada para os novos contextos que se transmutam com rapidez. Desse modo, a segurança jurídica dinâmica parece oferecer uma melhor segurança quanto à correta prestação jurisdicional, evitando que se apliquem leis retrógradas ou desatualizadas a contextos novos e atuais.

É exatamente nessa aplicação da Constituição feita pelos Tribunais que se insere o tema do ativismo judicial. São os Tribunais, ao buscarem atualizar a Constituição e as normas editadas pelo Legislativo aos contextos sociais e temporais, que irão acabar por assumir uma posição mais ativa em sua interpretação. Diante dessa premissa fica claro o problema a ser enfrentado no presente trabalho, qual seja o desenvolvimento do conceito de segurança jurídica sob o paradigma da segurança jurídica estática e dinâmica, bem como qual a relação do conceito de segurança jurídica dinâmica com a ideia de ativismo constitucional, desenvolvida pela Professora Christine Peter.

A metodologia que aqui será utilizada é a dogmático-doutrinária, por meio da qual se visa esclarecer conceitos com base em ideias e argumentos de doutrinadores do Direito Constitucional Contemporâneo, bem como através da qual se busca conectar as diversas doutrinas a fim de encontrar um campo fértil para o desenvolvimento deste novo tema, qual seja o da segurança jurídica dinâmica e seus reflexos no fenômeno do ativismo constitucional.

Importante também dizer que ativismo judicial e ativismo constitucional possuem raízes doutrinárias comuns. Contudo, são diferentes na medida em que o ativismo constitucional

valoriza a ideia de hermenêutica aberta, proposta por Peter Häberle², na qual o Poder Judiciário não é visto como o único legitimado à prática do ativismo. Enquanto isso, o ativismo judicial se mostra como a atividade interpretativa proativa legítima do Poder Judiciário, sem abertura no rol de intérpretes legitimados da Constituição.

Para se tratar do tema tracejado acima, o trabalho se dividirá em três principais capítulos: no primeiro capítulo, vai-se abordar especificamente o marco teórico do presente trabalho, qual seja o Estado Constitucional. Para tanto, tornar-se-á necessária a abordagem doutrinária acerca da passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional, como resultado do fenômeno do Neoconstitucionalismo. Ao fazer a referida passagem, essa será exposta por meio do desenvolvimento do conteúdo do Estado de Direito em suas três acepções mais conhecidas, quais sejam: a Liberal, a Social e a Democrática. Quanto ao desenvolvimento do conteúdo do Estado Constitucional, esse será tratado em três temas principais, quais sejam: a breve contextualização histórica e sociológica no qual se insere, bem como o desenvolvimento da ideia de “força normativa da constituição”, principal marca do Estado Constitucional e da consequente passagem da ideia de reserva da Lei para reserva da Constituição.

No segundo capítulo, por sua vez, vai-se tratar do tema da Segurança Jurídica, com o objetivo de conceituá-la tanto no que diz respeito à sua versão estática como por sua vertente dinâmica. Para tanto, dividir-se-á o capítulo em dois principais tópicos: a ideia de segurança jurídica estática, própria ao Estado de Direito, e da segurança jurídica dinâmica, própria do Estado Constitucional.

Por fim, no terceiro capítulo, tratar-se-á dos reflexos da segurança jurídica dinâmica na hermenêutica jurídico-constitucional, reflexos esses que acabam por resultar em uma interpretação proativa do Direito³, a qual é também denominada, por diversos autores, como “Ativismo Judicial”, aqui também chamado de “Ativismo Constitucional”. Nesse capítulo, vai-se tratar do tema da interpretação proativa do Direito, aqui também chamada de ativismo constitucional, por meio dessa ideia dinâmica e veloz da segurança jurídica neoconstitucional.

² Vide: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

³ Termo desenvolvido pelo Ministro Carlos Ayres Britto. Vide palestra ministrada no Uniceub em 10/08/2015: <<https://www.uniceub.br/noticias/noticias-por-curso/2o-semester-2015/ativismo-judicial-versus-interpretacao-proativa-do-direito.aspx>> Acesso em: 01. jun.2017.

Isso posto, convido a todos para lerem e apontarem pontos relevantes acerca desse tema muito pouco desenvolvido na doutrina jurídica até então, o qual busca entender melhor a recente atitude, mais proativa, tomada pelos Tribunais brasileiros frente à antiga inércia e passividade que os assolavam, sob a ótica de um novo instituto, qual seja o da segurança jurídica dinâmica. Por se tratar de um tema não abordado pela doutrina brasileira até então, todos os apontamentos críticos serão bem-vindos, pois para a construção de uma nova ideia, críticas construtivas e debates argumentativos são fundamentais.

1. DA PASSAGEM DO ESTADO DE DIREITO PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL.

Inicialmente, para melhor situar o leitor quanto ao marco teórico deste trabalho monográfico, é de suma importância discorrer sobre o Estado Constitucional e a doutrina que o sustenta: Neoconstitucionalismo. Para tanto, far-se-á necessário que se revise a história do Estado de Direito e suas perspectivas: Liberal, Social e Democrático.

1.1 Do Estado de Direito

O termo "Estado de Direito", por si só, demonstra uma espécie de simbiose semântica entre dois termos jurídico-políticos. De um lado, o Estado, instituição responsável pelo poder de mando em determinado território. De outro, o Direito, instituição necessária para que os demais elementos da instituição Estatal sejam implementados.

Nessa esteira, os professores Lenio Luiz Streck e Jose Luiz Bolsan de Moraes afirmam que, em uma visão clássica, Estado e Direito se tornam interdependentes e complementares, de forma que aquele monopoliza, ou, ao menos, pretende monopolizar a produção e a aplicação deste.⁴

Os autores supramencionados ensinam que é possível se apontar três visões próprias ao fenômeno do Estado de Direito, sendo elas: I) uma visão formal, na qual a ação do Estado está vinculada à atuação do Direito, de modo que a atuação estatal se realiza através de regras jurídicas; II) uma visão hierárquica, pela qual o Estado se encontra sujeito ao Direito devido à uma estruturação escalonada da ordem jurídica; III) e, por fim, uma visão material, na qual o Estado se qualifica pelo Direito e o Direito se qualifica pelo conteúdo Estatal.⁵

Canotilho, ao abordar o tema, nos ensina que a ideia de um Estado "domesticado pelo direito" surgiu nos Estados Ocidentais Europeus, onde se desenvolveu de acordo com as circunstâncias e condições concretas de cada país, e depois se expandiu para o Continente Americano. O autor português, de forma didática, diferencia Estado de Direito e Estado de não direito. Estado de Direito seria uma forma de organização político-estatal em que a atividade é

⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2014, p.91.

⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2014, p.91.

limitada e informada pelo Direito, enquanto o Estado de não direito, por outro lado, é aquele no qual o Poder Político se desvincula de quaisquer limites jurídicos, de forma que não reconhece aos indivíduos qualquer esfera de liberdade protegida pelo direito.⁶

A ideia básica e fundante do Estado de Direito é a de que, nas relações Estado-Indivíduos, o Estado se submete a um Regime de Direito. Regime esse que, por um lado, impõe a necessidade de haver um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica para que o Estado exerça sua atividade sobre os cidadãos e, por outro lado, disponibiliza aos indivíduos mecanismos jurídicos capazes de lhes salvaguardar dos abusos eventualmente cometidos pela atividade Estatal. Por outro lado, conforme também ensinam os autores Lenio Streck e Jose Luis Bolsan, o Estado de Direito carrega em si próprio a ideia de "prescrição da supremacia da lei sobre a autoridade pública".⁷

Em complementação à ideia estruturante acima exposta, os autores Lenio Streck e Jose Luiz Bolsan ensinam que o Estado de Direito deixou de ser considerado apenas como um "dispositivo técnico de limitação de poder", produto do "enquadramento do processo de produção de normas jurídicas" e passou a ser considerado também como um ente fundante de liberdade públicas e democracia, de forma que passou a se constituir como um fundamento subjacente da ordem jurídica. O Estado de Direito, portanto, ora se apresentará como liberal em sentido estrito, ora como social e ora como democrático.⁸ Perspectivas essas que passo a discorrer nos tópicos que se seguem.

1.1.1 Do Estado de Direito Liberal

O Estado de Direito nasceu como um Estado de Direito Liberal, constituindo uma das garantias das constituições liberais burguesas. José Afonso da Silva ensina que o Estado de Direito Liberal tinha como objetivo principal assegurar o princípio da legalidade, informador da ideia de que toda atividade estatal deveria estar submetida à lei. Contudo, o autor chama a

⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares Gradiva Publicações, 1999. p. 11.

⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.94.

⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.94.

atenção para o fato de que os termos “Estado de Direito Liberal” e “Estado de Legalidade” não serem sinônimos⁹.

Na visão do autor, ao se conceber o Direito como um conjunto normativo estabelecido pelo legislativo, o Estado de Direito se torna Estado de Legalidade:

[...] se se concebe o Direito apenas como um conjunto de normas estabelecidas pelo legislativo, o Estado de Direito passa a ser Estado de legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução deformante do Estado de Direito. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente.¹⁰

No mesmo sentido, os autores Lenio Streck e Jose Luis Bolzan apontam que o Estado de Direito, em sua origem, surge aliado ao próprio conteúdo do Liberalismo e, dessa forma, impõe ao Estado a solidificação do ideário liberal concernente ao princípio da legalidade, isto é, a vinculação e submissão da soberania estatal à lei. Essa submissão da soberania estatal à lei se demonstra em vários outros aspectos do Estado de Direito, dentre eles, na divisão de poderes e na garantia dos direitos individuais¹¹.

Nessa esteira, Streck e Bolzan apontam quatro características inerentes ao Estado de Direito Liberal:

- A - Separação entre Estado e Sociedade Civil, mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça;
- B- Garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado;
- C - A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a ideia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta - *referendum* e plebiscito - , bem como, pela imposição de um controle hierárquico de produção legislativa através do controle de constitucionalidade;
- D - O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos.¹²

⁹ SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.95.

¹² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.95.

É possível perceber, pela leitura das características acima expostas, que a grande preocupação do Estado de Direito Liberal é na mediação entre Estado e Sociedade, Estado e Indivíduo.

Vale notar que, na primeira característica - separação entre Estado e Sociedade Civil - o Direito surge como mediador dessa relação, de forma a buscar a concretização do ideal de justiça; em um segundo momento, na garantia das liberdades individuais, quem assume o papel de mediador são os direitos do homem, de forma que buscam sopesar a desigualdade de forças na relação Estado-Indivíduos; ainda em um terceiro momento, o controle de constitucionalidade aparece como mediador do sistema jurídico de leis, de forma a garantir a hierarquia das normas em um Estado informado por elas; ainda nesse terceiro momento, também aparecem os mecanismos democráticos do *referendum* e do plebiscito como mediadores da democracia e da soberania nacional, de forma a legitimar a produção das normas posteriormente mediadas pelo controle de constitucionalidade; e, por fim, em um quarto momento, é possível perceber a finalidade de todas as mediações anteriormente relacionadas, o papel reduzido do Estado frente à liberdade de atuação dos indivíduos¹³.

Em consonância com a ideia acima exposta, os autores Lenio Streck e Jose Luis Bolzan afirmam que o ponto principal do Estado Liberal de Direito é a limitação jurídico-legal negativa, que vem a ser uma garantia dos indivíduos em relação à atuação estatal¹⁴.

Nessa esteira, é possível afirmar que, devido ao fato de o ponto principal do Estado Liberal de Direito ser uma "limitação jurídico-legal negativa", esse modelo de Estado de Direito seria o responsável pelo reconhecimento dos direitos fundamentais apontados pela doutrina como de 1ª geração, sendo aqueles que decorrem da essência do indivíduo, de sua própria condição de ser humano, situado no plano do ser, que impõem ao Estado a necessidade de assumir uma postura negativa, mudando o paradigma do indivíduo como mero súdito para se elevar à condição de cidadão. Cidadão esse, possuidor de direitos, os quais o Estado deveria tutelar, dentre eles, inclusive, direitos frente ao próprio poderio do Estado.¹⁵ São os principais direitos de primeira geração: o direito à liberdade, à vida, à segurança, à propriedade, bem como

¹³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.95.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.96.

¹⁵ BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. *Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9241>>. Acesso em: 7. set. 2016.

os direitos políticos e o direito de resistência à opressão - todos esses reconhecidos como direitos individuais ou direitos civis e políticos¹⁶.

Como se vê, o Estado de Direito Liberal constitui a primeira parcela de chancelaria dos Direitos Fundamentais, quais sejam os de primeira geração. O modelo liberal, ao defender as liberdades negativas dos indivíduos frente ao Estado, acabou, em sua evolução, por evidenciar a necessidade de também se pensar na prestação positiva dos Estado frente aos indivíduos, por meio da garantia de direitos que exigissem do Estado não mais somente uma postura de abstenção, mas também uma postura proativa e preocupada com o social.

1.1.2 Do Estado de Direito Social

O Estado de Direito Social surge como um reconhecimento da necessidade de se rever o modelo clássico do liberalismo. Torna-se necessário admitir a anteposição do conteúdo social ao Direito. Essa visão do conteúdo social como antecessor ao Direito visa corrigir o individualismo liberal e, para tanto, se utiliza de um instrumentário, as garantias coletivas¹⁷.

Ainda no que concerne à revisão do Estado de Direito Liberal, os autores Lenio Streck e Jose Luis Bolzan afirmam que o liberalismo clássico é corrigido pela união do capitalismo e da busca pelo bem-estar social, união essa responsável pela geração do Welfare State, pós-Segunda Guerra Mundial¹⁸.

Importante, também, se faz distinguir a figura do Estado de Direito do Estado Social. Quanto ao tema, José Joaquim Gomes Canotilho nos ensina que o Estado de Direito não pode estar programaticamente laçado à "realização da justiça social, da igualdade, da solidariedade, dos direitos econômicos, sociais e culturais"¹⁹. Isso porque, nas palavras do constitucionalista português, o direito do Estado de Direito serve para se evitar o "totalitarismo social disfarçado em providência do Estado"²⁰:

¹⁶ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 98, p. 411-422, 2003. pp. 416-417.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.96.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.97.

¹⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares Gradiva Publicações, 1999. p. 36-37.

²⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares Gradiva Publicações, 1999. p. 36.

O Estado de direito não pode nem deve ser vermelho. O Estado de direito não pode nem deve ser um Estado social. O Estado de direito não pode nem deve ser um Estado-providência. O Estado de direito não pode nem deve ter tarefas ou fins econômicos, sociais e culturais.²¹

Quanto ao tema, Lenio Streck e Jose Bolzan nos ensinam ainda que, com o advento do Estado de Direito Social, cria-se um modelo de Estado no qual o desenvolvimento social e o bem-estar informam as ações do ente público. Dessa forma, as leis, nesse modelo de Estado, não podem ir de encontro com preceitos sociais dispostos na Constituição, bem como não podem contrariar os princípios que constituem o Estado Social, uma vez que são eles que dão fundamento à sua legalidade ²².

Nessa visão, de forma contrária ao Estado de Direito Liberal, o qual possui uma maior noção de legalidade própria do seu ideário, utilizando a lei como ordem geral e abstrata, o Estado de Direito Social busca dar à lei²³ um conteúdo mais específico e concreto, de forma que a lei passe a ser vista como um instrumento de ação específico e concreto²⁴.

Essa característica concreta e específica da lei, como instrumento para a concretização de ações estatais, gera o ambiente propício ao surgimento dos chamados direitos fundamentais de segunda geração. Ricardo Lewandowski ensina que a Revolução Industrial (plano fático) e o ideário socialista (esfera intelectual) passaram a ver o homem de outra forma. Diferentemente da visão iluminista que enxergava o homem como o homem natural, sujeito titular de "direitos eternos e imutáveis", nessa nova visão, informada pelo ideário social, esse homem abstrato do passado dá lugar ao trabalhador daquele momento histórico, o homem concreto, o novo sujeito de direitos.²⁵

Desse modo, surgem os direitos fundamentais de segunda geração, principalmente relacionados aos direitos econômicos e sociais, destacando-se os seguintes: "o direito ao trabalho, a um salário mínimo e a uma duração máxima para a jornada de trabalho; ao amparo em caso de desemprego, doença, velhice, invalidez e morte; a proteção da mulher e do menor

²¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares Gradiva Publicações, 1999. p. 36

²² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.97

²³ Entende-se "lei" no contexto de "atos normativos".

²⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.97

²⁵ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 98, p. 411-422, 2003. p. 416-417.

no trabalho; a aposentadoria; o acesso à educação e aos bens da cultura"²⁶, bem como aos direitos sindicais e de greve²⁷.

Ainda resta observar que os modelos de Estado de Direito - Liberal, Social e Democrático - surgem como forma de complementação e correção um do outro, sempre em um sentido de complementação e ampliação. No caso dos direitos fundamentais, uns surgem de forma a complementar o rol já existente dos da geração antecedente. Os direitos fundamentais de segunda geração não se sobrepõem aos de primeira geração. De forma contrária, eles integram e ampliam o rol de direitos fundamentais já existentes. Nesse sentido, aponta Ricardo Lewandowski: "a partir daí, os direitos econômicos, sociais e culturais passaram a integrar as constituições, ao lado dos direitos civis e político, que já faziam parte das cartas magnas surgidas no século XIX"²⁸.

O Estado de Direito Social acabou por corrigir algumas das omissões do Estado Liberal, por meio do reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda geração. Assim sendo, agregou ao catálogo de direitos fundamentais, direitos prestacionais, pelos quais os indivíduos passaram a poder exigir do Estado uma postura proativa frente às suas necessidades.

1.1.3 Do Estado de Direito Democrático

O Estado de Direito Democrático, por sua vez, surge como uma tentativa de transformação do *status quo*, conjugando o ideal democrático ao Estado de Direito²⁹. Desse modo, importante se faz destacar a diferença apontada pelos autores Lenio Streck e Jose Bolzan quanto ao Estado de Direito Social e ao Estado de Direito Democrático:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a

²⁶ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 98, p. 411-422, 2003. p. 416-417.

²⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 98, p. 411-422, 2003. p. 416-417.

²⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 98, p. 411-422, 2003. p. 416-417.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.98

questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.³⁰

É possível observar, pela leitura do trecho supratranscrito, que o Estado de Direito Democrático está muito mais preocupado com a mudança efetiva das condições materiais de existência do que com a adaptação dessas condições e, para tanto, acredita no instrumento da democracia como importante fomentador dessa mudança de realidade, rompedora do *status quo*.

Quanto à democracia como instrumento fomentador da mudança de realidade e como elemento principal do modelo de Estado de Direito ora tratado, Norberto Bobbio, em busca de definir um conceito para a esse elemento, afirma, de forma preliminar em seu texto, que a única forma de se chegar a um ponto convergente no que tange à democracia é considerá-la “caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos³¹. Isso porque, apesar de todo o grupo social estar obrigado a decidir sobre os mais diversos aspectos da *pólis*, essas decisões (de grupos), *in fine*, são tomadas por indivíduos³².

Desse modo, para o autor supramencionado, para que uma decisão de um indivíduo possa ser aceita como uma decisão de toda uma coletividade, é necessário que ela seja realizada com base em regras, não importando serem consuetudinárias ou escritas. Essas regras serão as que estabelecerão quais os indivíduos autorizados a decidir, vinculando todos os demais membros de um grupo ou da *pólis*³³. Nesse sentido, para Bobbio, o regime democrático tem por característica atribuir aos indivíduos selecionados o poder de tomar decisões pelo grupo:

No que diz respeito aos sujeitos chamados a tomar (ou a colaborar para a tomada de) decisões coletivas, um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número elevado de membros do grupo.³⁴

³⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.98

³¹ BOBBIO, Norberto; NOGUEIRA, Marco Aurélio. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p.18-19.

³¹ BOBBIO, Norberto; NOGUEIRA, Marco

³² BOBBIO, Norberto; NOGUEIRA, Marco Aurélio. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p.18-19.

³³ BOBBIO, Norberto; NOGUEIRA, Marco Aurélio. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p.18-19.

³⁴ BOBBIO, Norberto; NOGUEIRA, Marco Aurélio. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p.19.

Interessante também se observar a complementação interreferencial que Estado de Direito e o elemento da democracia exercem entre si. Ernst Wolfgang aponta a conexão entre o elemento da democracia e o Estado de Direito sob dois principais enfoques: I) o elemento da democracia como limitador do Estado de Direito, por meio da vinculação da divisão dos poderes ao princípio democrático; II) o Estado de Direito como limitador do elemento da democracia.³⁵

Quanto ao primeiro enfoque, o Estado de Direito encontra os limites da forma como articula os seus poderes no princípio democrático, o qual exige uma legitimação democrática para o exercício de qualquer poder do Estado. É somente o povo quem exerce o poder do Estado, por meio dos “órgãos específicos”³⁶.

Nesse sentido, a divisão de poderes, na visão de Ernst Böckenförde, parece se apresentar muito atrelado ao princípio democrático, uma vez que a articulação de poderes não tem como função organizar o Estado de uma determinada maneira ou estabelecer pesos e contrapesos aos poderes do Estado somente³⁷. Mas objetiva principalmente estabelecer um sistema de pesos e contrapesos ao próprio princípio democrático, já que se deve limitar as competências de decisão constantes nas funções independentes do poder do Estado, evitando-se que determinados grupos de poder se constituam em poderes políticos autônomos.³⁸

Nesse ponto, relativo à limitação do Estado e a forma como se articulam os poderes, é que se encontra o laço entre o elemento da democracia e Estado de Direito, no qual o princípio democrático aparece como um limitador do poder do Estado que exige uma legitimação democrática para que seu poder seja exercido³⁹.

Por outro lado, interessante observar que Ernst Wolfgang ainda afirma que o elemento da democracia também é limitado pelo Estado de Direito. Para o autor, as garantias do Estado de Direito não só delimitam de um modo mais preciso os poderes do Estado, mas também permitem, uma vez que a Lei Fundamental reforça expressamente essas vinculações, que se

³⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang; DE AGAPITO SERRANO, Rafael. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 122-128.

³⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang; DE AGAPITO SERRANO, Rafael. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 123.

³⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang; DE AGAPITO SERRANO, Rafael. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 123.

³⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang; DE AGAPITO SERRANO, Rafael. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 123.

³⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang; DE AGAPITO SERRANO, Rafael. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 122-128.

possa exigir sua aplicação através da judicialização dessas matérias, o que faz com que a democracia se converta em uma democracia mais moderada, equilibrada e limitada pelo Estado de Direito⁴⁰.

Quanto ao conteúdo de legalidade desse modelo de Estado, esse se apresenta como uma forma de buscar a concretização efetiva da igualdade, promovida pela realização do comando normativo geral por meio de intervenções que alterem a situação da comunidade⁴¹.

Jose Bolzan e Lenio Streck apontam oito princípios do Estado Democrático de Direito: I) a Constitucionalidade - constitui-se na "vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica"; II) Organização Democrática da Sociedade; III) Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; IV) Justiça Social - essa utilizada como instrumento corretivo das desigualdades; V) Igualdade - "não apenas como possibilidade formal, mas, também como articulação de um sociedade justa"; VI) Divisões de Poderes ou de Funções; VII) Legalidade; VIII) Segurança e Certeza Jurídicas.⁴²

Faz-se mister observar as palavras dos doutrinadores supramencionados sobre o terceiro princípio do Estado Democrático de Direito, qual seja o Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos. Para os autores, ele pode ser visto sob duas perspectivas, como Estado de distância e como um Estado antropológicamente amigo⁴³:

seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropológicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade.⁴⁴

Outro ponto muito importante de se observar é quanto ao oitavo princípio: o da Segurança e Certeza Jurídicas. Ponto esse de fundamental análise para este trabalho monográfico que se desenvolve.

Contudo, antes de passarmos à construção teórica do Estado Constitucional, é fundamental destacar a dinamicidade do Estado de Direito Democrático, o qual, absorvendo o

⁴⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang; DE AGAPITO SERRANO, Rafael. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 125.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.98.

⁴² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.99-100.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.99-100.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.99.

aspecto indomesticado da democracia, passa a se apresentar como uma contínua recriação. Característica essa que se apresenta como os primórdios de uma ideia de segurança jurídica dinâmica, própria do Estado Constitucional, como irá se expor no capítulo 2 desta monografia, mas que já se apresenta de forma mais tênue no modelo Democrático de Estado de Direito. Nas palavras de Lenio e Jose Bolzan⁴⁵:

O Estado de Direito, dada a sua substancialidade, para além de seu formalismo, incorporando o feitiço indomesticado da democracia, apresenta-se como uma contínua (re)criação, assumindo um caráter dinâmico mais forte do que sua porção estática - forma. Ao aspecto paralisante de seu caráter hierárquico, agrega-se o perfil mutante do conteúdo das normas, que estão, a todo instante, submetidas às variações sociopolíticas.⁴⁶

Conforme exposto até aqui, pode-se afirmar que o Estado de Direito é um modelo de Estado no qual a supremacia da lei orienta a atividade do ente estatal de forma a evitar possíveis abusos. Por outro lado, após a 2ª Guerra Mundial, passa a surgir um novo cenário na Europa Continental. As barbaridades cometidas e falta de respeito aos direitos fundamentais acabam por gerar uma necessidade de se estabelecer um novo modelo de Estado, no qual a supremacia da Constituição e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, acaba por substituir a supremacia da lei do modelo de Estado de Direito. Esse novo modelo de Estado, situado no pós 2ª Guerra Mundial foi denominado pela doutrina como o modelo de Estado Constitucional.

1.2 Do Estado Constitucional

1.2.1 Do Surgimento do Estado Constitucional

O Estado Constitucional⁴⁷ surge na Europa Continental pós 2ª Guerra Mundial, com maior ocorrência na Itália e Alemanha. Segundo Luís Roberto Barroso, esse Estado teve como principal referência para o seu desenvolvimento a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã) de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951, bem como a Constituição Italiana de 1947 e a instalação da Corte Constitucional da Itália de 1956. O autor ainda atenta para o fato de que "ao longo da década de 70, a redemocratização e a

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.106.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.106.

⁴⁷ Denominado "novo direito constitucional" por Luís Roberto Barroso. Vide: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

reconstitucionalização de Portugal (1976) e Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional”⁴⁸.

No Brasil, por sua vez, o Estado Constitucional começa a se fundar em meio ao ambiente de reconstitucionalização do País, o qual ocorreu durante a elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Constituição essa que, segundo Luís Roberto Barroso, fez com que o direito constitucional no Brasil passasse "da desimportância ao apogeu em menos de uma geração"⁴⁹, o que o autor considera um grande progresso tendo em vista que se superou a crônica da indiferença mantida, historicamente no Brasil, em relação à Constituição.⁵⁰

O novo direito constitucional possui como marco filosófico o pós-positivismo. Marco esse informado pela confluência de dois paradigmas aparentemente opostos no Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Contudo, segundo o autor supramencionado, "opostos, mas, por vezes, singularmente complementares"⁵¹.

O jusnaturalismo moderno se desenvolveu no século XVI e buscou aproximar a lei da razão, de forma que se transformou na "filosofia natural do Direito", estando fundado em princípios de justiça tidos como universalmente válidos. Esse movimento foi o impulsionador das revoluções liberais e atingiu o seu apogeu nas constituições escritas e nas codificações. Contudo, com a ascensão do positivismo no final do século XIX, o jusnaturalismo passou a ser considerado como anticientífico e metafísico.⁵²

O positivismo jurídico, por sua vez, equiparou Lei e Direito e, de modo a buscar maior objetividade científica, se afastou da filosofia e de discussões como “legitimidade” e “justiça”⁵³. Ou seja, o positivismo jurídico acreditou que poderia criar uma ciência jurídica baseada nos

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

mesmos métodos das ciências naturais - principalmente os da observação, da objetividade e da experimentação. Contudo, diferentemente das ciências naturais nas quais o cientista pode se despir de seus sentimentos ao analisar e investigar os fenômenos, nas ciências jurídicas e humanas o mesmo não é possível⁵⁴. Dessa forma, o positivismo jurídico enfraqueceu com a derrota do nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália, regimes esses que "promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade"⁵⁵.

Prevaleceu na Europa, até a 2ª Guerra Mundial, a ideia de que a lei elaborada pelo parlamento era a fonte principal do ordenamento jurídico, sem qualquer força normativa atribuída às constituições. As constituições, nesse período, serviam de “programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não poderiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos”. Dessa forma, os direitos fundamentais possuíam validade somente quando estavam protegidos pelas leis⁵⁶, o que, conforme dito anteriormente, permitiu aos regimes nazistas a promoção de tantas barbáries sob o manto da proteção da legalidade.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, valores como a ética retornam ao conceito de Direito e, por meio desse retorno, promovem grandes reflexões acerca do próprio do Direito, sua implementação e função social. Dessa forma, sem desprezar o direito posto, o movimento pós-positivista buscou ir além da legalidade estrita, contudo, sem promover um discurso metafísico, visando, com cautela, uma teoria de justiça⁵⁷:

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e a argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Biblioteca Virtual do Supremo, 2005. p.26-28. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/15996426.pdf>>. Acesso em: 5 out.2016.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009. Disponível em: < http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30748312/Daniel_Sarmento_-_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1490021976&Signature=hShYnyXygs2%2F%2FYu%2FksE3vndoKls%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DO_neoconstitucionalismo_no_Brasil_por_Da.pdf> . Acesso em: 5 out. 2016.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.⁵⁸

Para Daniel Sarmento, findada a 2ª Guerra Mundial, diante da constatação de que maiorias políticas poderiam unir-se de forma a causar a barbárie, como ocorreu com o nazismo alemão, passou-se a buscar o fortalecimento da jurisdição constitucional de forma que se criassem mecanismos capazes de proteger os direitos fundamentais. Na concepção de Sarmento, o constitucionalismo europeu, com essa mudança de paradigma, se aproximou do constitucionalismo norte-americano, no qual, desde o fundamento de sua história constitucional, “entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis”⁵⁹. Contudo, há uma grande diferença: “Só que com uma diferença importante: enquanto a Constituição norte-americana é sintética e se limita a definir os traços básicos de organização do Estado e a prever alguns poucos direitos individuais, as cartas europeias foram, em geral, muito além disso”⁶⁰.

A discussão pós-positivista acerca do conceito de Direito e sua função social acabou por gerar um novo conceito de Estado, qual seja o Estado Constitucional. Conforme demonstrado até aqui, para os pós-positivistas era necessário rever o modelo do positivismo jurídico uma vez que os regimes nazistas o utilizaram como pretexto para desrespeitar inúmeros direitos fundamentais. Assim sendo, sob o novo paradigma do Estado Constitucional, a supremacia da lei dá lugar à força normativa da Constituição, que carrega consigo demais mutações paradigmáticas, quais sejam o deslocamento da primazia da lei para a primazia da Constituição

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30748312/Daniel_Sarmiento_-_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1490021976&Signature=hShYnyXygs2%2F%2FYu%2FksE3vndoKls%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DO_neoconstitucionalismo_no_Brasil_por_Da.pdf> . Acesso em: 5 out. 2016.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30748312/Daniel_Sarmiento_-_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1490021976&Signature=hShYnyXygs2%2F%2FYu%2FksE3vndoKls%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DO_neoconstitucionalismo_no_Brasil_por_Da.pdf> . Acesso em: 5 out. 2016.

e o da reserva legal para a reserva constitucional, estando incluído nesse último o deslocamento do controle jurisdicional da legalidade para o controle jurisdicional da constitucionalidade⁶¹.

1.2.2 Da força normativa da Constituição e das suas mutações paradigmáticas

A força normativa da constituição é uma das grandes mudanças de paradigma decorrentes do Século XX, qual seja, a “atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica”⁶². Essa atribuição de força normativa à constituição ilustra muito bem a superação do modelo antes em vigor na Europa, sob o qual a constituição possuía *status* de mera cartilha política e mero documento sobre a atuação dos Poderes Públicos⁶³.

O papel de realizar o conteúdo da Constituição, de forma a dar concretude às suas propostas, centrava-se na criação legislativa e na discricionariedade administrativa. De modo que, ao Judiciário, nada restava quanto à concretização desse documento político⁶⁴.

Contudo, após a 2ª Guerra Mundial e o movimento de reconstitucionalização que se sucedeu, ocorreram mudanças significativas no quadro supramencionado, uma vez que os países europeus passaram a reconhecer a força normativa da constituição e seu caráter de observância obrigatória⁶⁵.

Nesse contexto, as normas constitucionais passaram a ter o atributo da imperatividade, atributo esse fundamental de todas as normas jurídicas, uma vez que ele permite a aplicação de

⁶¹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p.61.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

mecanismos de coação e de cumprimento forçado da norma posta⁶⁶. Como nos ensina Luís Roberto Barroso:

Inicialmente na Alemanha e, com maior retardo, na Itália. E, bem mais à frente, em Portugal e na Espanha. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*.⁶⁷

Como vimos, na Europa, o reconhecimento da força normativa da Constituição deu seus primeiros passos no pós 2ª Guerra Mundial. Por outro lado, no Brasil, esse reconhecimento só começou a tomar forma no decorrer da década de 80, enfrentando resistências. Luís Roberto Barroso explica que essas resistências quanto a esse reconhecimento decorrem de “patologias crônicas”⁶⁸ que assolaram o País, como o autoritarismo e a falta de sinceridade constitucional. Isso porque, até aquele momento, as constituições haviam servido apenas de “repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional”⁶⁹, não possuindo qualquer aplicabilidade direta e imediata.⁷⁰

Por sua vez, Pérez Luño, ao discorrer sobre o tema, busca conceituar e trazer elementos do Estado Constitucional. Para tanto, se utiliza da técnica do *labelling approach* – “etiquetamento social” – a qual defende que as variações na linguagem normativa não resultam de preferências arbitrárias ou casuais, mas sim de uma forma de obediência, adaptação, da linguagem às mutações sociais, políticas ou culturais⁷¹.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.

⁷¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 61.

Nesse sentido, Luño defende que a “decantação terminológica do Estado de direito ao Estado constitucional” pode ser vista como um resultado de três deslocamentos nos ordenamentos jurídicos: i) o deslocamento da primazia da lei para a primazia da constituição⁷²; ii) o deslocamento da reserva legal para a reserva da constituição⁷³; iii) o deslocamento do controle jurisdicional da legalidade para o controle jurisdicional da constitucionalidade⁷⁴.

Dessa forma, é possível defender que, do ponto de vista de Perez Luño, o Estado Constitucional nasce de forma natural do seio da sociedade. De modo que, independentemente da sua denominação, é um fenômeno advindo de fatos sociais e jurídicos já transmutados antes mesmo do momento em que recebem o nome, o rótulo, de Estado Constitucional⁷⁵.

Ainda se pode observar que o tríptico deslocamento de posições apontado por Perez Luño muito bem se comunica com a faceta primeira do Estado Constitucional, qual seja a da “força normativa da constituição”. Isso porque, ao se admitir os três pontos percorridos pelo autor – o deslocamento da primazia da lei para a primazia da constituição; da reserva legal para a reserva da constituição; do controle jurisdicional da legalidade para o controle jurisdicional da constitucionalidade – se admite de forma categórica a força vinculativa e normativa da constituição.

Dizer que a Constituição possui força normativa significa dizer que ela deixa de ser vista somente como um programa de “aspirações políticas programáticas” e passa a ser vista como verdadeira norma jurídica, exigindo respeito e subordinação.⁷⁶

Como já foi percorrido nos subtópicos anteriores – relativo ao Estado de Direito e suas ideologias conformadoras – é basilar no Estado de Direito o dogma da supremacia da lei. A lei se reveste no Estado de Direito Liberal como a fonte jurídica máxima, estando as demais fontes jurídicas subalternas à ela. A lei era o instrumento principal da expressão da vontade do Estado

⁷² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 61.

⁷³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 61.

⁷⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 61.

⁷⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 61-65.

⁷⁶ DANTAS, Eduardo Sousa. A força normativa da Constituição e a eficácia das normas constitucionais no direito brasileiro. *Revista Direito e Liberdade*, v. 11, n. 2, p. 21-36, 2010. Disponível em: < http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/317/340>. Acesso em: 7 out. 2016.

de Direito, uma vez que esse modelo de Estado admitia como atributo basilar de sua soberania o monopólio estatal sobre todo o sistema de fontes jurídicas⁷⁷.

Esse modelo normativo hierarquizado, próprio da ideia de Estado de Direito, no qual a lei possui preeminência, vai de encontro à ideia moderna do pluralismo⁷⁸. O pluralismo jurídico reconhece as faculdades de autonomia e autotutela das organizações sociais⁷⁹, conforme nos ensina Perez Luño:

Frente a la visión jerarquizada del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico se opone hoy la idea del *pluralismo*. En su dimensión jurídica, el pluralismo entraña el reconocimiento de un área de libertad o de autodeterminación interna para las organizaciones sociales. El pluralismo jurídico implica una derogación de las ideas de monopolio y jerarquía normativa, así como una erosión inmediata del protagonismo de la ley. En los ordenamientos jurídicos actuales se alude a una “explosión” del pluralismo jurídico que implica el reconocimiento de amplias facultades de autonomía (poder de autogobierno), autarquía (poder de autogestión) y autotutela (poder de autojurisdicción).⁸⁰

Guilherme Marinoni, por sua vez, atenta para o fato de que a ideia de um modelo hierarquizado pautado no princípio da legalidade confronta o pluralismo eminente no Estado Constitucional, uma vez que a lei deve ser vista como fruto da coalisão dos mais diversos grupos sociais⁸¹:

Por consequência, o princípio da legalidade obviamente não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico. Recorde-se que o princípio da legalidade, no Estado legislativo, implicou na redução do direito à lei, cuja legitimidade dependia apenas da autoridade que a emanava. Atualmente, como se reconhece que a lei é o resultado da coalisão das forças dos vários grupos sociais, e que por isso frequentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça.⁸²

Nesse sentido, admitindo-se a ideia de Perez Luño acerca da repercussão expansiva do pluralismo jurídico frente ao modelo normativo hierarquizado da lei, pode-se afirmar que a

⁷⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 61-62.

⁷⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 64.

⁷⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 64.

⁸⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 64.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Biblioteca Virtual do Supremo, 2005. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/15996426.pdf>>. Acesso em: 8 out.2016. p.26-28.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Biblioteca Virtual do Supremo, 2005. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/15996426.pdf>>. Acesso em: 8 out.2016. p.28.

expansão do modelo pluralista progressivamente abandonou o princípio da hierarquia normativa e passou a adotar “sistemas de interlegalidade”⁸³.

O conceito de interlegalidade foi melhor definido por Pérez Luño como sendo a dimensão fenomenológica do pluralismo pós-moderno, decorrente da perda da hierarquia normativa fundada na soberania estatal em favor de “formas de legalidade porosas” dentro de um ordenamento jurídico difuso orientado por critérios horizontais de hierarquia, o que acabou por gerar um caos normativo⁸⁴.

A opção pela primazia da constituição aparece como alternativa capaz de solucionar e organizar o caos normativo gerado pelos fenômenos do pluralismo jurídico e da decorrente decadência do modelo normativo hierarquizado em que a lei figurava como seu elemento mais proeminente. Nesse sentido, defende Pérez Luño, que para se por em ordem o caos normativo que ameaça acabar com a coerência e a hierarquia do sistema normativo e das fontes do direito, a melhor alternativa é voltar os olhos para a constituição⁸⁵.

Conclui-se, por todo o exposto, que o modelo hierarquizado da lei, próprio do Estado de Direito, ao abrir espaço para o modelo de interlegalidade, próprio à ideia de pluralismo jurídico e, por consequência, de Estado Constitucional, acabou por optar pela primazia da Constituição como sendo o instrumento capaz de orientar o sistema normativo caótico oriundo do Estado de Direito. Assim sendo, a constituição foi alçada ao papel de preeminência sobre as demais normas, o que fez com que se alterasse o paradigma de Reserva da Lei para Reserva da Constituição.

1.2.3 Do deslocamento da Reserva da Lei para a Reserva da Constituição

Também como reflexo da força normativa da constituição é possível se verificar o deslocamento da reserva da lei para a reserva da Constituição. Ao se volver os olhos à Constituição deixa-se para trás a reserva da lei e passa-se a se determinar pela reserva da Constituição.

⁸³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 66.

⁸⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 69.

⁸⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 69-71.

No Estado Constitucional, a lei abre espaço à supremacia da Constituição e, dessa forma, subordina-se aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais de justiça. O que faz com que a tarefa da doutrina passe a ser a de ler e entender a lei sob o manto dos princípios constitucionais, bem como dos direitos fundamentais⁸⁶:

Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Essa compreensão crítica já é uma tarefa de concretização, pois a lei não é mais objeto, mas sim componente que vai levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, portanto, como um novo ou outro objeto.⁸⁷

A antiga reserva da lei, já ultrapassada pelo novo Estado Constitucional, trazia em sua essência uma dupla garantia: de um lado, determinava que as matérias jurídicas consideradas como de maior importância não poderiam ser reguladas por normas inferiores à lei. Contudo, por outro lado, acabava por implicar, conseqüentemente, em uma “auto limitação do legislador”, que somente poderia recorrer à lei dentro do estrito necessário.

Com a acoplagem do Estado de Direito Liberal com o Estado de Direito Social e a conseqüente ampliação de órgãos administrativos nos mais diversos espaços da sociedade civil, necessários à prestação do serviço público crescente, a maioria das intervenções normativas estatais passou a ser veiculada por meio de medidas administrativas. Fato esse que gerou uma “hipertrofia legislativa” que, conseqüentemente, trouxe grande prejuízo à estrutura formal das normas legais. Isso porque, esse crescimento desenfreado na produção de normas, gerado pela crescente necessidade do Estado de Direito Social em regular os grandes setores da sociedade civil, quebrou com o “equilíbrio entre a produção normativa e a capacidade de sua aplicação”⁸⁸. Todo esse fenômeno trouxe grandes dificuldades para a correta aplicação do Direito, nas palavras de Pérez Luño:

La posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir el derecho se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la prolijidad, de la complejidad y la equivocidad del lenguaje en el que son expresadas las disposiciones legales. En esas circunstancias no sólo los ciudadanos, sino incluso

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Biblioteca Virtual do Supremo, 2005. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/15996426.pdf>>. Acesso em: 8 out.2016. p.31.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Biblioteca Virtual do Supremo, 2005. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/15996426.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2016. p.31

⁸⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 70-71.

el mismo legislador y los juristas – funcionarios administrativos, jueces o abogados - tienen graves dificultades para conocer y aplicar el derecho.⁸⁹

No que se refere à reserva da constituição, Christine Peter atenta para a transição da supremacia da lei para a supremacia da constituição:⁹⁰

É indiscutível que o maior dogma do Estado de direito repousa na ideia de supremacia da lei, segundo o qual todas as demais fontes normativas têm como limite de validade a adequação àquela, visto que a lei é considerada a vontade máxima do Estado soberano, que deteria o monopólio do sistema de fontes jurídicas.

Porém, nas últimas décadas, a supremacia do Estado e, consequentemente, da lei, estão comprometidas, por conta da proliferação cada vez mais evidentes das normas infra ou supra-estatais.⁹¹

O surgimento da divisão entre normas infra e supra-estatais acabou por dismantlar o monopólio Estatal de produção de fontes jurídicas. Isso porque, com a inclusão de normas supra-estatais e infra-estatais, o Estado deixa de ser o único agente produtor de normas jurídicas e passa a ser mais um agente no cenário da pluralidade normativa.

No mesmo sentido afirmado por Christine Peter, Marinoni também reconhece que, no modelo de Estado Constitucional, o Direito deixa de ser objeto exclusivo do monopólio estatal e, consequentemente, o Estado passa a ser somente mais uma participante da produção da norma, conjuntamente com os demais entes da sociedade. Para Marinoni, a diferenciação entre pluralismo da formação da lei e o pluralismo da fonte é o que justifica essa abertura de legitimados à criação do Direito⁹²:

Quando se afirma que a lei é fruto do pluralismo das forças sociais e, muitas vezes, da coalisão dessas forças, não se nega que a sua fonte de produção seja o Estado. Porém, quando se desloca a perspectiva do pluralismo de formação da lei para o pluralismo de fonte, evidencia-se que o direito não tem mais apenas origem no poder estatal. Com isso se enterra outra marca do positivismo clássico, que via o direito na lei editada pelo Estado.⁹³

Para Christine Peter, diante do contexto do Estado de Direitos Fundamentais⁹⁴, o intérprete constitucional não pode mais ter uma atitude fechada, mas sim deve interpretar a

⁸⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 70-71.

⁹⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 8 out. 2016.

⁹¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 08.out. 2016.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Biblioteca Virtual do Supremo, 2005. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/15996426.pdf>>. Acesso em: 8.out. 2016. p.27.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Biblioteca Virtual do Supremo, 2005. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/15996426.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2016. p.27.

⁹⁴ Denominação dada pela autora ao que aqui chamamos de Estado Constitucional.

norma por meio de uma atitude aberta, substituindo o “monopólio das fontes jurídico-estatais” em troca do “pluralismo metódico”⁹⁵. Desse modo, segundo Christine Peter: “isso para que existam e se consolidem estratégias e instrumentos para enfrentar os problemas das comunidades para onde se projetam as normas constitucionais jusfundamentais”⁹⁶, tendo em vista que a atividade de interpretação de uma norma constitucional reflete designar um significado aos “símbolos linguísticos” presentes na Constituição⁹⁷.

Ao analisar as decisões do Tribunal Constitucional Espanhol, Luño melhor define o conceito de “reserva da constituição” como sendo os espaços em que a Constituição pode delegar um papel constituinte ao parlamento, tendo em vista o aprimoramento de questões constitucionais básicas como o “desenvolvimento do sistema de direitos fundamentais”⁹⁸. Sistema esse que trouxe também a necessidade da mudança de paradigma quanto ao controle jurisdicional da legalidade para o controle jurisdicional da constitucionalidade.⁹⁹

Isso porque, a presença de direitos fundamentais consagrados nas Constituições tornou necessária e crescente a tendência de se judicializar o conteúdo das constituições nas democracias ocidentais, principalmente após o fim da II Guerra Mundial, nas palavras de Luño: “Tras el fin de la segunda guerra mundial se inicia en las democracias occidentales un paulatino proceso dirigido a hacer justiciable el contenido de las Constituciones, y en concreto de los derechos fundamentales en ellas consagrados”¹⁰⁰.

Desse modo pode-se verificar que a força normativa da constituição implica, de acordo com as ideias desenvolvidas por Pérez Luño, em uma tripla mutação de paradigmas dentre o antigo Estado de Direito e o atual Estado Constitucional, quais sejam, as já referidas passagens da premissa da lei para a premissa da constituição e sua consequente passagem da reserva da

⁹⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 08.out. 2016.

⁹⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 08.out. 2016.

⁹⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 26 08.out. 2017.

⁹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 71-72.

⁹⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 72.

¹⁰⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 74.

lei para a reserva da constituição e do controle jurisdicional da legalidade para o controle jurisdicional da constitucionalidade.

Por todo o exposto, a exposição sobre a evolução do Estado de Direito para o Estado Constitucional acaba por se mostrar fundamental para o desenvolvimento do tema da Segurança Jurídica, o qual será exposto no tópico que se segue. Isso porque, tendo em vistas as diferentes acepções e os diferentes meios de reconhecer as normas nesses dois modelos de Estado, a segurança jurídica acaba por se trajar de forma diferente em cada um deles.

Enquanto se evidencia no Estado de Direito uma posição mais afeta à normatividade independente das leis, no Estado Constitucional a normatividade das leis encontra-se submissa à força normativa da Constituição. O que acaba também por implicar em uma série de questões jurídicas, dentre elas a segurança jurídica – a qual, no Estado de Direito se apresentará de forma mais estática, atrelada à previsibilidade e imutabilidade das decisões e, no Estado Constitucional, apresentar-se-á de forma mais dinâmica, atenta às velocidades do pluralismo jurídica e das relações sociais, bem como da globalização, de forma a garantir uma prestação jurisdicional justa, que se traduz na justiça no caso concreto.

2. DA SEGURANÇA JURÍDICA

2.1 Do surgimento da Segurança Jurídica.

A segurança jurídica tem seu surgimento atrelado à origem dos direitos fundamentais, isso porque suas primeiras aparições se deram na forma de um direito fundamental cujo conteúdo não se encerra na simples preservação da integridade do Estado e dos cidadãos, ele abarca também conceitos necessários à realização de uma “vida civilizada” que se expressam na “continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas”¹⁰¹.

Seu fundamento muito tem a ver com a busca pela limitação de poderes. Ainda no Império Romano pode-se identificar uma busca dos plebeus por uma igualdade jurídica, a fim de tomar conhecimento das leis daquele momento histórico. Motivo pelo qual surgiu o novo Código, redigido em doze tábuas, de modo que todos pudessem tomar conhecimento da lei, o que importou em uma garantia à segurança jurídica daqueles cidadãos que se encontravam sob os ditames do Estado¹⁰².

No Período Medieval, por volta do Século XIII, a segurança jurídica encontra expressão histórica na Magna Carta conquistada pelos então barões feudais frente ao rei João Sem Terra¹⁰³. Nesse período, a segurança jurídica, em primeiro plano, apresenta-se como simples restrição às ações do rei, o que já havia sido conquistado em momentos anteriores. Contudo, em um segundo plano, surge como novidade à disposição de princípios como: “da conformidade das leis, do juiz natural, o da legalidade tributária e o instituto do habeas corpus”¹⁰⁴.

¹⁰¹ PENARIOL, Eduardo Luiz. *A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequente alterações legislativas*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁰² PENARIOL, Eduardo Luiz. *A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequente alterações legislativas*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁰³ BREGA FILHO, 1988 *apud* PENARIOL, Eduardo Luiz. *A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequente alterações legislativas*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁰⁴ BREGA FILHO, 1988 *apud* PENARIOL, Eduardo Luiz. *A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequente alterações legislativas*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901>. Acesso em: 10 out. 2016.

Alguns séculos depois, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a segurança é elencada como direito natural e imprescritível do homem, ao seu lado, a propriedade, a liberdade e a resistência à opressão.¹⁰⁵

No contexto da Constituição Francesa de 1793, o termo segurança aparece, em seu preâmbulo, como sendo uma “proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedade”¹⁰⁶.

Por fim, interessante observar que não são facilmente encontrados documentos reconhecendo expressamente o direito à segurança jurídica. Porém, é possível se encontrar referências “a segurança pessoal do indivíduo e garantias contra a irretroatividade de determinados atos estatais”¹⁰⁷, o que demonstra que, apesar da ausência de menção expressa ao termo “segurança jurídica” no âmbito internacional, não significa que não há qualquer previsão protetiva a esse direito¹⁰⁸.

A segurança jurídica é um instituto de fundamental importância tanto no modelo de Estado de Direito, quanto no modelo de Estado Constitucional. O que será tratado nos subtópicos seguinte é exatamente o conteúdo e a extensão da segurança jurídica em cada um desses contextos, quais sejam o conteúdo estático no Estado de Direito e o conteúdo dinâmico no Estado Constitucional.

2.2 Da Segurança Jurídica Estática: Conteúdo da Segurança Jurídica no contexto do Estado de Direito.

O Estado de Direito é fundado na ideia de submissão do Estado ao Regime de Direito, de modo que se impõe a necessidade da existência de um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica para que o Estado possa exercer sua atividade frente aos cidadãos, bem

¹⁰⁵ BREGA FILHO, 1988 *apud* PENARIOL, Eduardo Luiz. *A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequente alterações legislativas*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁰⁶ BREGA FILHO, 1988 *apud* PENARIOL, Eduardo Luiz. *A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequente alterações legislativas*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁰⁷ CAMPOS, Eduardo Caron de. *Segurança Jurídica: surgimento, trajetória e função*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/seguranca-juridica-surgimento-trajetoria-e-funcao/34106/>> Acesso em: 10 out. 2016.

¹⁰⁸ CAMPOS, Eduardo Caron de. *Segurança Jurídica: surgimento, trajetória e função*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/seguranca-juridica-surgimento-trajetoria-e-funcao/34106/>> Acesso em: 10 out. 2016.

como esse modelo também disponibiliza aos indivíduos mecanismos jurídicos capazes de lhes assegurar o devido salvaguardo dos abusos eventualmente cometidos pelo ente Estatal no exercício de sua atividade¹⁰⁹.

É nesse sentido que surge a melhor expressão da segurança jurídica, como um mecanismo jurídico capaz de salvaguardar os indivíduos dos eventuais abusos cometidos pelo Estado, de modo a limitar a atividade estatal e estabelecer parâmetros para a sua atuação, garantindo a pacificação social. Eduardo Luiz Penariol entende no mesmo sentido:

[...] quando analisamos o próprio sentido do estado de direito que tem como condão principal propiciar o bem estar do cidadão e o seu desenvolvimento em sociedade, com a pacificação social, sendo, portanto imprescindível a presença das consequências da aplicação do instituto da segurança jurídica, em suas diversas dimensões visando propiciar a estabilidade e sentimento de confiança para sociedade.¹¹⁰

Como já mencionado no subitem anterior¹¹¹, o fato de haver, ou não, expressa menção ao direito à segurança jurídica em um ordenamento jurídico não torna seu conteúdo inócuo, uma vez que o Estado de Direito inegavelmente é informado por seu conteúdo. A doutrina contemporânea tem admitido a segurança jurídica como uma “expressão inarredável”¹¹² do Estado de Direito e, nesse sentido, a segurança jurídica passou a ser admitida como um “subprincípio concretizador do princípio fundamental estruturante do Estado de Direito”¹¹³, extrapolando sua esfera de direito fundamental dos indivíduos e alcançando também a esfera de “princípio fundamental da ordem jurídica estatal” e internacional. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

Certo é que havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a idéia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido- um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também o “governo das leis” (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades. Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controvérsia no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como

¹⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.91-92

¹¹⁰ PENARIOL, Eduardo Luiz. A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequente alterações legislativas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901>. Acesso em 10 out. 2016.

¹¹¹ Qual seja o que se refere ao “surgimento da Segurança Jurídica”.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016

expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional.¹¹⁴

Do mesmo modo, Gilmar Ferreira Mendes entende que a segurança jurídica é, em realidade, um subprincípio do Estado de Direito, de valor único para o sistema jurídico, uma vez que cabe a esse subprincípio a própria concretização da ideia de justiça: “Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material”¹¹⁵.

É possível observar que os mais diversos autores¹¹⁶ convergem no ponto sobre o qual se admite a segurança jurídica como uma expressão de um subprincípio enraizado e fundante do Estado de Direito, de modo pelo qual a busca pela garantia da previsibilidade das normas jurídicas é alicerce para a estrutura de um Estado fundado nessas normas como reais instrumentos de poder e de expressão de sua vontade soberana.

Quanto à característica principal da segurança jurídica no contexto do Estado de Direito, o autor Dimitri Dimoulis entende como sendo a da “previsibilidade das consequências jurídicas de qualquer conduta humana ou situação social”¹¹⁷, resumidamente, a da certeza do direito.

Ilustrativamente, Dimitri Dimoulis afirma que o cidadão além de conhecer o que pode e o que não pode ser feito e as consequentes sanções advindas da transgressão da norma, também deve ter a garantia de que “o Estado nunca o surpreenderá”¹¹⁸. Desse modo, tendo em vista que no Estado de Direito os governantes também estão sob o julgo da lei, a segurança jurídica é vista além de uma simples garantia das relações particulares, tornando-se também uma garantia do indivíduo frente ao Estado, limitando a atuação arbitrária deste último.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p.382.

¹¹⁶ Por todos vide: DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013; PENARIOL, Eduardo Luiz. A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequente alterações legislativas;

¹¹⁷ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p.83.

¹¹⁸ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p.83.

Nesse diapasão, fica mais clara ainda a importância da segurança jurídica para o Estado de Direito, uma vez que, com a presença do seu conteúdo, o Estado deixa de ser um “monstro”, como referido por Hobbes, e passa a ter seu poder limitado, o que faz com que os cidadãos possam usufruir de seus direitos de forma mais estável e segura¹¹⁹. Fato esse caracterizado por Dimitri Dimoulis como necessário para que o Estado se torne um Estado Garantista, em suas palavras: “Em outras palavras, o Estado limitado pelo direito é um Estado garantidor dos direitos fundamentais, um Estado garantista.”¹²⁰.

Do mesmo modo entende Eduardo Penariol, que também admite, assim como Dimoulis, a dupla característica da segurança jurídica, quais sejam a de uma garantia entre indivíduos e a de uma garantia do indivíduo frente ao ente estatal¹²¹. Também concorda no ponto em que a segurança jurídica é elemento essencial para a garantia dos direitos fundamentais, nas palavras do autor:

No ordenamento jurídico as consequências de sua aplicação são imprescindíveis nas relações entre os indivíduos de uma sociedade organizada, como o próprio estado, portanto a segurança jurídica tem função fundamental, pois vem propiciar uma estabilidade nessas relações, como também propicia há garantia direitos fundamentais, entre as pessoas e principalmente entre pessoas e o próprio Estado.¹²²

Ainda de forma a complementar sua ideia:

Deste modo o instituto da segurança jurídica em um estado democrático de direito, atua na preservação das garantias fundamentais, tendo como instrumento primordial, a fim de promover suas consequências, os princípios existentes no documento fundamental de constituição do estado democrático.

Nesse passo, consideramos a segurança jurídica encontra-se intensamente relacionado ao estado democrático de direito, podendo ser considerado inerente e essencial ao mesmo, sendo um princípio supremo, onde que tal importância, que não aparece explícito em apenas uma situação, mais constou de forma implícita onde irradia sobre outros vários princípios existentes no texto constitucional.

Temos assim que a segurança jurídica tem uma indispensável aplicação para a manutenção do estado democrático de direito, sendo decorrente da própria essência do estado democrático de direito, e assim indispensável para o desenvolvimento das relações entre os indivíduos e o estado, onde no processo de aplicação do direito, e aí podemos dizer, garantindo os direitos fundamentais no desenvolvimento do

¹¹⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p.83-84.

¹²⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p.84.

¹²¹ PENARIOL, Eduardo Luiz. *A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequente alterações legislativas*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901>. Acesso em: 11 out. 2016.

¹²² PENARIOL, Eduardo Luiz. *A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequente alterações legislativas*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901>. Acesso em: 12 out. 2016..

procedimento da entrega jurisdicional por parte do estado, através da atividade do poder judiciário.¹²³

Resta evidente, pela conjugação das mais diversas ideias aqui expostas, que o Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica andam juntos, de forma indissociável. O conteúdo da segurança jurídica informa o aspecto garantista do Estado de Direito, aspecto esse fundante de sua ideia, principalmente de sua versão mais moderna, do Estado Democrático de Direito.

Além do mais, é a segurança jurídica um instrumento de eficácia das normas por ele exaradas. Isso porque, aos cidadãos, resta a garantia de que a observância das referidas normas não poderão ensejar sanções indevidas ou arbitrárias. Garantia essa intrinsecamente relacionada ao princípio da legalidade que, em sua expressão constitucional, informa que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹²⁴.

Nesse sentido, Paulo Bonavides, ao discorrer sobre a origem do princípio da legalidade, deixa claro que esse se originou do anseio social pelo estabelecimento de “regras permanentes e válidas”, buscando-se alcançar um “estado geral de confiança e certeza”¹²⁵.

A origem do princípio da legalidade buscou proteger os indivíduos de condutas arbitrárias e imprevisíveis dos governantes. Isso porque se buscava compreender a legalidade como sinônimo de liberdade, conforme nos ensina Paulo Bonavides: “A legalidade, compreendida pois como a certeza que têm os governados de que a lei os protege ou de que nenhum mal portanto lhes poderá advir do comportamento dos governantes, será então sob esse aspecto, como queria Montesquieu, sinônimo de liberdade”¹²⁶.

No contexto brasileiro, o princípio da legalidade parece se mostrar como uma real garantia de segurança jurídica dentro de um Estado de Direito. A vedação constitucional prevista no artigo 5º, XXXVI¹²⁷, que dispõe que a lei não poderá prejudicar ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada¹²⁸, nada mais é do que um limite de atuação ao antes referido princípio da legalidade, real expressão conjugada da segurança jurídica do indivíduo frente ao Estado. É possível perceber que a conjugação dos princípios da legalidade e da segurança

¹²³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2013. p.121

¹²⁴ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> .Acesso em: 12 out. 2016.

¹²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2013. p.120-122.

¹²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2013. p.121

¹²⁷ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> .Acesso em: 12 out. 2016.

¹²⁸ Artigo 5º, XXXVI: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

jurídica são fortes meios jurídicos a propiciar a efetivação do princípio da liberdade, conforme discorrido anteriormente por Bonavides.

Se não fossem os limites ao princípio da legalidade, como o descrito no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988, viveríamos não em um Estado de Direito, mas sim em um Estado Legal¹²⁹. Estado esse muito próximo do Estado absoluto, conforme ensina Dimitri Dimoulis:

O princípio da legalidade não oferece, porém, garantias contra o próprio legislador que pode revogar as leis em vigor e mudar a situação legal, restringindo ou abolindo direitos dos indivíduos. Nesse sentido, o Estado legal não se diferencia muito do Estado absoluto descrito por Hobbes. O legislador continua sendo soberano e as garantias oferecidas aos indivíduos são bem frágeis.¹³⁰

Conclui-se, portanto, que, em um primeiro aspecto, a segurança jurídica no Estado de Direito é vista como um subprincípio capaz de efetivar a ideia de justiça material. Em um segundo aspecto, a segurança jurídica se mostra como uma garantia de dupla relação, primeiro garantia da relação entre particulares e, em um segundo momento, garantia da relação entre indivíduo e Estado, de modo a limitar o poder estatal e seus abusos.

Ainda relacionado a esse segundo aspecto, referente à garantia do indivíduo frente aos abusos estatais, está presente o terceiro aspecto da segurança jurídica no Estado de Direito, qual seja: o de princípio informador e elementar da liberdade dos indivíduos, oriundo da limitação que a segurança jurídica exerce sobre o princípio da legalidade, esse real expressão do Estado de Direito. Parece se traduzir em uma espécie de segurança jurídica mais estática, arraigada à previsibilidade de decisões e ao aspecto “imutável” da norma no sentido de “regras permanentes e válidas”, como referido por Bonavides¹³¹.

2.3 Da Segurança Jurídica Dinâmica: Do Conteúdo da Segurança Jurídica no contexto do Estado Constitucional.

A ideia de segurança jurídica no Estado de Direito¹³² deixa clara a posição estática desse instituto - pouco volátil, muito arraigada às formas e procedimentos, ao culto à formalidade da lei e pouco preocupada com a realidade social frente à letra fria da lei. Contudo, em contraponto

¹²⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p.84.

¹³⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p.84.

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2013. p.120.

¹³² Denominação dada à óptica da segurança jurídica no Estado de Direito

à essa visão estática do instituto da segurança jurídica, há uma visão dinâmica acerca do mesmo instituto. Visão essa mais aproximada ao conceito de um Estado Constitucional, cujo conteúdo se mostra real expressão de um Estado Pluralista. Uma vez que, no Estado Pluralista, há a presença de uma “heterogeneidade de fatores e instâncias sociais que influenciam a produção do direito”¹³³, caracterizando assim uma maior dinamicidade do conteúdo ente Estado.

Atualmente, vive-se em uma sociedade altamente dinâmica, cujas relações sociais e jurídicas se tornaram voláteis e rapidamente transmutáveis. A velocidade das informações bem como a constante e crescente globalização criaram um campo social extremamente dinâmico. Não se pode, nesse novo campo social, se enraizar a postulados e premissas sociais fixas, concebidas como imutáveis, uma vez que o estático de hoje pode não ser mais o de amanhã. O mesmo vale para as relações jurídicas vividas entre os indivíduos, a segurança jurídica, postulado máximo da positivação jurídica, não pode mais ser vista como somente algo estável e estático, como simples elemento de previsibilidade ligado ao que está posto no passado.

A fluidez moderna não ocorre somente nas relações sociais, mas também no campo jurídico e político, conforme admite o jurista Luís Roberto Barroso: “Todos estes casos ilustram a fluidez da fronteira entre a política e a justiça no mundo contemporâneo”¹³⁴.

Nessa modernidade, as leis editadas pelo Legislativo não conseguem e não se poderia exigir que conseguissem se atualizar na velocidade em que a sociedade se atualiza. Desse modo, parece ser a melhor solução, até mesmo como forma de se garantir uma segurança não só em relação à positivação legal - que também, claro, deve ser respeitada na medida em que se mostre adequada e atual - mas também em relação à dinamicidade das relações sociais.

Nesse sentido, Guilherme Marinoni também reconhece não ser o Legislativo capaz de acompanhar a velocidade das mudanças sociais, incumbindo, na visão de Marinoni, ao Juiz atualizar o sentido da norma¹³⁵:

Se a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc, é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos. Embora

¹³³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 67.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Biblioteca Virtual do Supremo, 2005. p.27. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/15996426.pdf>>. Acesso em: 08.out.2016.

essas duas atitudes também importem para desvendar a necessidade de uma nova elaboração legislativa, o seu peso maior recai sobre o juiz, uma vez que é evidente que o legislador não pode andar na mesma velocidade da evolução social – o que, aliás, já constitui ditado vulgarizado. Por isso, o surgimento de novos fatos sociais dá ao juiz legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos.¹³⁶

Consoante ao exposto, o sociólogo Zygmunt Bauman aponta como marco fundador da Modernidade a separação da dicotomia tempo-espço, de forma que ambos passam a ser caracterizados como categorias distintas e mutuamente independentes¹³⁷:

A modernidade começa quando o espaço e o tempo são separados da prática da vida e entre si, e assim podem ser teorizados como categorias distintas e mutuamente independentes da estratégia e da ação; quando deixam de ser, como eram ao longo dos séculos pré-modernos, aspectos entrelaçados e dificilmente distinguíveis da experiência vivida, presos num estável e aparente invulnerável correspondência bunívoca. Na modernidade, o tempo tem história, tem história por causa da sua “capacidade de carga, ‘perpetuamente em expansão – o alongamento dos trechos do espaço que unidades de tempo permitem “passar”, “atravessar”, “cobrir” – ou *conquistar*. O tempo adquire história uma vez que a velocidade do movimento através do espaço (diferentemente do espaço eminentemente inflexível, que não pode ser esticado e que não encolhe) se torna uma questão do engenho, da imaginação e da capacidade humana.¹³⁸

Conforme se depreende do trecho supratranscrito, para Bauman, é na modernidade que o tempo adquire “capacidade de carga”, o que, juntamente com a velocidade do movimento, torna possível a aquisição de “história”¹³⁹. Esse ponto referido pelo sociólogo polonês traz a ideia de que o espaço é algo inflexível, estático, cuja estrutura não permite mutações. Contudo, é o tempo o elemento capaz de alterar a forma desse espaço de modo a que se atualizem suas estruturas e engenhos. O que é interessante, quanto ao tema da segurança jurídica dinâmica, é que, ao se admitir a proposta formulada por Bauman, torna-se clara a necessidade do constante amoldamento da sociedade, inclusive do elemento físico “espaço”, para a melhor adequação ao “tempo”, elemento de grande e constante velocidade.

De forma a confirmar o exposto acima, Bauman ainda afirma que, “na luta entre tempo e espaço”, o espaço se caracteriza como o elemento sólido e impassível, inerte e, por outro lado, o tempo como elemento dinâmico e ativo, conquistador e colonizador.¹⁴⁰ É exatamente esse o aspecto em que se funda a ideia de segurança jurídica dinâmica, atenta à característica colonizadora do tempo, cada vez mais aprimorada na era da velocidade e da tecnologia,

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Biblioteca Virtual do Supremo, 2005. p.81. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/15996426.pdf>>. Acesso em: 08.out.2016.

¹³⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014, p. 15-17.

¹³⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014, p. 16.

¹³⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014, p. 16.

¹⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014, p. 17.

característica essa que se traduz em real ferramenta de poder e dominação nos tempos modernos, cuja essência torna premente a necessidade de dinamicidade em todos os aspectos da sociedade e do espaço, seja no espaço social, seja no espaço físico-urbano, seja, até mesmo, no campo jurídico:

Graças a sua flexibilidade e expansividade recentemente adquiridas, o tempo moderno se tornou, antes e acima de tudo, a arma na conquista do espaço. Na moderna luta entre tempo e espaço, o espaço era o lado sólido e impassível, pesado e inerte, capaz apenas de uma guerra defensiva, de trincheiras – um obstáculo aos avanços do tempo. O tempo era o lado dinâmico e ativo na batalha, o lado sempre na ofensiva: a força invasora, conquistadora, colonizadora. A velocidade do movimento e o acesso a meios mais rápidos de mobilidade chegaram nos tempos modernos à posição de principal ferramenta do poder e da dominação.¹⁴¹

O sociólogo Franz Brüseke, por sua vez, admite essa dinamicidade social e sua tendência caótica. Para o autor, a sociedade se constitui em um sistema dinâmico inter-referencial. Isso porque o sociólogo admite a ideia de que “as sociedades, encontrando-se em tempos diferentes apesar de estados idênticos, podem mostrar graus modificados de estabilidade”, o que, nas palavras do autor, podem originar “mudanças sociais não-lineares”¹⁴². Nas palavras do autor:

A interpretação de sistemas sociais como sistemas dinâmicos parte da convicção de que as sociedades, encontrando-se em tempos diferentes apesar de estados idênticos, podem mostrar graus modificados de estabilidade. De repente, o sistema auto-semelhante pode ruir porque se deslocou de um estado estável para um instável. No estado instável, impulsos fracos podem provocar efeitos de interferência que desestruturam o sistema. Pouco se tem pesquisado sobre como os sistemas se deslocam do estado estável para o estado instável. A surpresa geral que provocou o colapso do socialismo real na Alemanha oriental, e as dificuldades que os cientistas sociais tinham e têm com a interpretação da reestruturação na Alemanha Federal, mostram que a sociologia não dispõe de uma teoria das mudanças sociais não-lineares.¹⁴³

Interessante observar esse apontamento no tocante à segurança jurídica. Se admitirmos esse sistema dinâmico inter-referencial da sociedade, de modo a gerar mudanças sociais não lineares, resta clara a necessidade da atualização constante tanto da vertente interpretativa do Direito, quanto da ideia de estabilidade de seus institutos – garantida pelo conteúdo da segurança jurídica. Estabilidade nesse contexto não se traduz como algo estático, como já dito, estabilidade aqui é algo dinâmico, capaz de acompanhar essas mudanças não lineares constantes da sociedade.

¹⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014, p. 17.

¹⁴² BRÜSEKE, Franz Josef. *Caos e ordem na Teoria Sociológica*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_22/rbcs22_07.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

¹⁴³ BRÜSEKE, Franz Josef. *Caos e ordem na Teoria Sociológica*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_22/rbcs22_07.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

A busca por essa estabilidade em meio à indiscutível dinamicidade dos tempos modernos não pode recair somente sobre os intérpretes constitucionais formais, quais sejam os juízes, uma vez que esses não seriam capazes de abstrair tanta dinamicidade. Quem melhor do que a própria sociedade e os destinatários da norma para serem também seus legítimos intérpretes, a fim de atualizar seu sentido e, ao mesmo tempo, garantir uma segurança em sua aplicação da mais completa legitimação, a legitimação de seus próprios destinatários. Para tanto, Häberle desenvolveu teoria hermenêutica constitucional de “sociedade aberta de intérpretes da constituição”¹⁴⁴.

No mesmo sentido que Häberle, Luño admite que o Estado Constitucional se traduz em um estado pluralista, o qual não permite, em seu ordenamento jurídico, a concepção de um princípio único, originário e hierarquicamente superior a todos os que dele decorrem. Isso porque esse modelo de Estado é, em suas palavras, o de um Estado de uma “sociedade aberta”, demandante do intérprete da Constituição uma atitude aberta¹⁴⁵:

En el Estado constitucional, que es el Estado de una “sociedad abierta”, el sistema jurídico y sus postulados básicos reclaman del intérprete de la Constitución una actitud abierta que sustituya el monopolio metodológico por un pluralismo metódico. El proceso hermenéutico constitucional aparece por tanto como “instancia crítica, siempre abierto a nuevos planteamientos e innovaciones, que lejos de cristalizar en un sistema de categorías cerradas y estáticas, sea un proceso dinámico basado en alternativas prácticas y en un pensamiento de posibilidades.”¹⁴⁶

Como se vê, o conceito de sociedade aberta é parte integrante do conteúdo do Estado Constitucional para autores como Häberle e Luño, e, por consequência, elemento formador do conceito de segurança jurídica dinâmica, que aqui, se pretende desenvolver. Dessa forma, passo a tratar acerca de aspectos centrais do conceito de sociedade aberta desenvolvida inicialmente pelo filósofo Karl Popper e, no âmbito do Direito Constitucional, pelo jurista alemão Peter Häberle¹⁴⁷.

Häberle admite uma relação diretamente proporcional entre o pluralismo social e a necessidade de abertura dos critérios de interpretação constitucional. Para o jurista alemão, “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for

¹⁴⁴ Vide: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

¹⁴⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 65-67.

¹⁴⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 67.

¹⁴⁷ Também será tratado sobre o tema no subtópico de número 3.3 deste trabalho monográfico.

a sociedade”. Dessa forma, verifica-se que o autor dialoga com Luño, uma vez que admite também a sociedade plural em que se insere o atual Direito Constitucional¹⁴⁸.

O positivismo jurídico evitou por muito tempo a ideia de que as normas jurídicas admitem variações semânticas. Contudo, Christine Peter ensina que até mesmo os positivistas tiveram de aceitar a existência de normas de conteúdo mais aberto e cita, como exemplo, o jurista positivista Kelsen que ilustrava a norma jurídica como uma “moldura dentro da qual o juiz-intérprete escolheria a melhor opção de conteúdo para a solução do caso concreto que lhe estava sendo apresentado para decisão”¹⁴⁹. Até mesmo o positivismo previa algumas liberalidades interpretativas para que a norma não ficasse totalmente desatualizada e, portanto, ineficaz ao meio em que se inseria, o que vem por dar base ao pensamento de Häberle da necessidade de uma interpretação constitucional com critérios mais abertos.

A premissa básica da “sociedade aberta de intérpretes da constituição” se encontra na afirmação de que todos os que vivem inseridos em um contexto normativo são diretamente ou, ao menos, indiretamente intérpretes dessa norma¹⁵⁰. Assim sendo, o destinatário da norma se mostra não só mero objeto da norma ou sujeito passivo, mas sim em um real participante ativo.

Contudo, pode o leitor se questionar acerca da quantidade de intérpretes admitidos por meio dessa premissa. Como já dito neste texto, vivemos em uma sociedade pluralista, cujas relações sociais e jurídicas se mostram cada vez mais complexas, o que, uma vez se admitindo cada destinatário da norma constitucional como seu legítimo intérprete, poderia criar a objeção de que a interpretação constitucional poderia se dissolver em meio a tantas interpretações e intérpretes. Quanto a esse ponto, Häberle aponta que essa objeção deve ser avaliada de maneira diferenciada, por meio da legitimação dos intérpretes da constituição¹⁵¹:

A questão da legitimação coloca-se para todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de interpretes da Constituição. Competências formais têm apenas aqueles órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento preestabelecido – legitimação mediante

¹⁴⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.p.29.

¹⁴⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Como se Lê a Constituição: Abordagem Metodológica da Interpretação Constitucional. *Revista de Direito Público*, n.6, p. 136, 2004. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1368/836>> Acesso em: 11 nov. 2016.

¹⁵⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.p.19-29.

¹⁵¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.p.19-29.

procedimento constitucional. São os órgãos estatais (art. 20, nºs 2 e 3, da Lei Fundamental – vinculação da ordem constitucional à lei e ao direito). Também os parlamentares (art.38, nº 1, da Lei Fundamental) estão vinculados à Constituição desde que eles não postulem a sua alteração. Vinculados à Constituição também estão os partidos políticos, os grupos e os cidadãos, ainda que de forma diferenciada. A maioria está vinculada apenas por intermédio do poder estatal sancionador. Resta evidente aqui que uma vinculação limitada à Constituição corresponde a uma legitimação igualmente mais restrita.¹⁵²

O problema apontado por Häberle, no parágrafo acima, também, surge no tocante à segurança jurídica dinâmica. Pode-se indagar que, admitindo-se uma sociedade aberta, a qual possui o poder de interpretar as normas constitucionais e, desse modo, estabelecer novos entendimentos acerca dos mais complexos temas jurídicos, qual a segurança jurídica e a previsibilidade da interpretação das normas realizadas por esse procedimento?

Aí está o giro central da segurança jurídica dinâmica. Não se propõe mais nesse modelo uma necessidade de previsibilidade pura, arraigada à total estabilidade da interpretação jurídica. Conforme já foi exposto nos parágrafos acima, a sociedade moderna é regida pela velocidade do tempo e da informação.

Desse modo, arraigar-se a formas fixas e constantes é contrariar a própria modernidade, volátil, dúctil, o que, acabaria por ensejar uma real insegurança jurídico-social, uma vez que a sociedade mudaria suas concepções e seus entendimentos acerca de determinados institutos e situações e a lei, por outro lado, permaneceria parada na história, sendo aplicada em uma sociedade que não mais seria aquela que inicialmente a instituiu. A segurança jurídica dinâmica vem exatamente para atualizar essa norma e dar a ela a real legitimação de ser aplicada ao contexto que se pretende aplicar. E quem melhor para legitimar uma norma senão seus próprios destinatários?

Nessa esteira, Häberle defende que a interpretação é um processo aberto e não um processo de passiva submissão ou receptivo de ordens.¹⁵³ Ainda enfatiza, no que concerne à pluralidade de intérpretes tratada no parágrafo acima:

A ampliação do círculo dos interpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, da integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão previa, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as

¹⁵² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.p.29.

¹⁵³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.p.29-33.

forças ativas da *Law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional).¹⁵⁴

Outro autor, que parece concordar com a necessidade de se pensar em uma nova abordagem para o tema da segurança jurídica, é Luís Roberto Barroso. Para Barroso, a ideia de segurança jurídica tem enfrentado uma crise de identidade na pós-modernidade nos mais diversos campos sociais¹⁵⁵:

A ideia de segurança jurídica, todavia, enfrenta uma crise de identidade nesse início de século e de milênio, uma quadra histórica identificada pelo rótulo ambíguo de pós-modernidade, com algumas características bem delineadas. Na Política, vive-se a ampliação do espaço privado e a desconstrução do Estado tradicional, pela privatização e pela desregulamentação. No Comportamento, consolidou-se o gosto pela imagem, pela análise condensada, a impressão superficial. A vitória do efêmero e do volátil sobre o permanente e o essencial. Vive-se a era (i) do poder dos meios de comunicação e (ii) da velocidade. Velocidade da informação e velocidade da transformação: novas gerações de computadores, novos instrumentos de conexão em rede universal, novas fronteiras no medicamentos e na genética. As coisas são novas por vinte e quatro horas.¹⁵⁶

Como muito bem dito por Roberto Barroso, “as coisas são novas por vinte e quatro horas”¹⁵⁷, o que não é diferente no mundo normativo. A atualidade da norma pode até permanecer atual por mais de vinte e quatro horas, como normalmente ocorre, não estamos aqui falando da mensuração do tempo de atualidade da norma, mas sim de sua volatilidade e inconstância. É de se concordar que “vive-se a era do poder dos meios de comunicação e da velocidade”¹⁵⁸, o que justifica, mais uma vez, a crescente tendência pelo uso da segurança jurídica dinâmica como meio de assegurar a justiça, por meio da atualidade normativa, de forma a não se permitir que seja aplicado um direito retrógrado e ultrapassado à uma sociedade volátil e constantemente mutável.

¹⁵⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.p 30-31.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/102/86>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/102/86>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/102/86>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/102/86>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

Gustavo Zagrebelsky também vai ao encontro da ideia de se admitir uma constituição de conteúdo aberto, frente à constante necessidade de abertura das sociedades plurais modernas¹⁵⁹:

La asunción del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un “compromiso de las posibilidades” y no uno proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un a priori de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo. Sólo así podremos tener constituciones “abiertas”, constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la superveniencia de una sociedad pluralista y democrática. Será la política constitucional que derive de las adhesiones y de los abandonos del pluralismo, y no la Constitución, la que podrá determinar los resultados constitucionales históricos concretos.¹⁶⁰

Como muito bem posto no trecho supratranscrito, a Constituição, tendo como pressuposto o pluralismo, é simplesmente uma proposta de possíveis soluções, coexistentes, para os problemas jurídicos e não “um compromisso de possibilidades”, ou seja, não é um catálogo fechado, rígido e estático, mas sim um catálogo aberto à interpretação tanto de seus destinatários, no entender de Häberle, bem como aberto à velocidade da transformação social e da informação.

Zagrebelsky vem, por meio do seu conceito de Direito Dúctil, a concordar com todo o exposto até o momento sobre o conteúdo da segurança jurídica dinâmica. Para o autor italiano, o caráter essencial do Direito nos Estados Constitucionais está na imagem da “ductibilidad”.¹⁶¹ Isso porque, é premente a utilização de uma dogmática jurídica “líquida” e “fluida” para conter os mais diversos elementos do Direito Constitucional pós-moderno, uma vez que esses seus elementos são “heterogêneos” e devem ser tratados pela dogmática constitucional como líquidos que devem manter sua individualidade e coexistirem sem choques destrutivos.¹⁶²

Essa posição defendida pelo constitucionalista italiano também foi corroborada por Perez Luño. Luño, no mesmo sentido que Zagrebelsky, entende que no Estado Constitucional, tendo em vista seu caráter plural, não se torna possível a adoção de uma concepção

¹⁵⁹ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ductil: leys, derechos, justicia*. 10.ed. Madrid: Editorial Trotta. 2011. p.10-14.

¹⁶⁰ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ductil: leys, derechos, justicia*. 10.ed. Madrid: Editorial Trotta. 2011. p.14.

¹⁶¹ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ductil: leys, derechos, justicia*. 10.ed. Madrid: Editorial Trotta. 2011. p.14.

¹⁶²ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ductil: leys, derechos, justicia*. 10.ed. Madrid: Editorial Trotta. 2011. p.13-15.

princípiológica única, que admita um princípio como único e hierarquicamente superior aos demais.¹⁶³

Outro ponto que merece atenção quanto ao tema, é a relação das regras e dos princípios no campo normativo e sua implicação para a segurança jurídica dinâmica. Há, dentro da noção genérica de norma, a diferenciação entre os conceitos de “regra” e de “princípio”. Enquanto prevalecem as regras na edição das normas legislativas, por outro lado, prevalecem os “princípios” na edição das normas constitucionais.¹⁶⁴ Zagrebelsky defende que “distinguir os princípios das regras significa, em última análise, distinguir a Constituição da lei”.¹⁶⁵

Desse modo, é possível entender que somente os princípios desempenham um papel puramente constitucional, o qual seja de constituir o ordenamento jurídico. Por outro lado, as regras “se esgotam em si mesmas”. Outro ponto que se pode apontar diz respeito ao “tratamento que a ciência do direito outorga a regras e princípios”. Enquanto se aplica às regras os mais variados “métodos de interpretação jurídica”, os quais possuem como objeto “a linguagem do legislador”, aos princípios, por outro lado, pouco se tem a interpretar dessa maneira.

Diferentemente das regras que dissertam sobre regras de conduta, como se deve agir ou como não agir em determinadas situações. Os princípios, por sua vez, “nada nos dizem sobre esse aspecto”, mas nos proporcionam “critérios para tomar posição ante situações concretas mesmo que *a priori*, pareçam indeterminadas”.¹⁶⁶

Quanto à interpretação dos princípios, essa acaba por se tornar recorrente em um Estado Constitucional. Isso porque, como já dito diversas vezes ao longo desta monografia, a força vinculante da constituição, figura clássica do Estado Constitucional, dá ao texto Constitucional posição de evidência e de superioridade normativa, bem como também o dá função informativa de outras normas jurídicas. Desse modo, tendo em vista que, conforme apontado por Zagrebelsky, a interpretação dos princípios deve ocorrer de modo diferente ao das regras, devendo ser tidos como critérios referenciais para a tomada de decisões em casos concretos, é

¹⁶³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 67.

¹⁶⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ductil: leys, derechos, justicia*. 10.ed. Madrid: Editorial Trotta. 2011. p.109-111.

¹⁶⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ductil: leys, derechos, justicia*. 10.ed. Madrid: Editorial Trotta. 2011. p.109-111.

¹⁶⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ductil: leys, derechos, justicia*. 10.ed. Madrid: Editorial Trotta. 2011. p.109-111.

possível inferir que os princípios possuem um conteúdo mais propício à ambientes voláteis e velozes, bem como também estão mais abertos à interpretação de seus destinatários.

Portanto, parece ser a temática dos princípios aquela destinada à aplicação da segurança jurídica dinâmica. As regras, por sua vez, parecem estar mais próximas de uma interpretação fechada e literal (pelo menos mais próxima da literalidade das palavras do que os princípios, os quais possuem alta carga axiológica). O que faz perceber que tratar de segurança jurídica dinâmica, por fim é tratar de um ordenamento jurídico preenchido e informado pelos mais diversos princípios, princípios esses que são os instrumentos de realização, concretização e atualização do direito.

De modo a confirmar a ideia acima exposta, também se faz importante destacar os apontamentos feitos por Christine Peter acerca da distinção doutrinária clássica quanto às normas-gerais e às normas-princípios¹⁶⁷. Para Silva, a admissão dos princípios como normas jurídicas traduz uma abertura do ordenamento jurídico aos valores da sociedade, de modo que os princípios ganham força normativa vinculante somente no momento em que o ordenamento jurídico “se mostra sensível e aberto à recepção dos valores culturais da sociedade”.¹⁶⁸ Essas palavras confirmam a ideia de que são os princípios os instrumentos de atualização do Direito, uma vez que através de sua interpretação, é possível se alterar toda a base informacional de um ordenamento jurídico e, por consequência, até mesmo as regras, essas também informadas pelos princípios. A constitucionalista brasileira ainda parece concordar com a afirmação de que, por meio da interpretação dos princípios, em última análise é possível também alterar a semântica das regras. Nas palavras da autora:

[...] não obstante o Direito classifique algumas normas como verdadeiras regras, o seu comando semântico aberto e plurívoco faz com que cada um desses termos pressuponha que a aplicação da regra que o contém dependa, até certo ponto, de princípios ou diretrizes que transcendem a própria regra.¹⁶⁹

¹⁶⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Como se Lê a Constituição: Abordagem Metodológica da Interpretação Constitucional*. Revista de Direito Público nº 6, 2004, p. 136 e ss. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1368/836>> Acesso em 10 nov. 2016.

¹⁶⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Como se Lê a Constituição: Abordagem Metodológica da Interpretação Constitucional*. Revista de Direito Público nº 6, 2004, p. 136 e ss. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1368/836>> Acesso em 10 nov. 2016.

¹⁶⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Como se Lê a Constituição: Abordagem Metodológica da Interpretação Constitucional*. Revista de Direito Público nº 6, 2004, p. 136 e ss. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1368/836>> Acesso em 10 nov. 2016.

É possível, portanto, afirmar que o modelo de segurança jurídica dinâmica, ao contrário de seu modelo estático, admite a pluralidade social e a consequente passagem do Estado de Direito para a era do Estado Constitucional e, desse modo, está voltada a garantir a segurança e efetivação dos princípios.

A segurança jurídica estática, modelo de segurança jurídica pertencente ao Estado de Direito, diferentemente de seu modelo dinâmico, está voltada a garantir a aplicação das regras, de modo referenciado, ou seja, a prever situações concretas, com pouca margem de liberdade, às quais devem ser aplicadas normas editadas até mesmo décadas antes de sua ocorrência.

Conforme visto até aqui, a segurança jurídica comporta dois paradigmas, um correlacionado ao Estado de Direito – qual seja o da segurança jurídica estática - e outro correlacionado ao Estado Constitucional – qual seja o da segurança jurídica dinâmica. Contudo, para que se possa garantir segurança jurídica dinâmica ao jurisdicionado são necessários instrumentos especiais e afinados com o ideário do Estado Constitucional.

O ativismo judicial e a ideia de ativismo constitucional parecem se mostrar como instrumentos aptos a realizar o árduo trabalho de atualização da norma editada sob paradigmas pretéritos aos paradigmas atuais, ideia essa que melhor será desenvolvida no capítulo que se segue.

3. DO ATIVISMO JUDICIAL E SUA CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 Da distinção entre Ativismo Judicial e Judicialização da política

Muito se ouve falar sobre ativismo judicial, judicialização da política ou interpretação proativa do direito¹⁷⁰. Esses assuntos têm tomado o campo dos debates acadêmicos, políticos, judiciais e até mesmo o campo informal das conversas nas mesas de bar, em encontros familiares e em reuniões de amigos. Contudo, a origem do fenômeno ativista-judicial não é algo tão recente quanto se imagina. O avanço da justiça constitucional em face do espaço da política majoritária é um fenômeno advindo da Segunda Guerra Mundial¹⁷¹.

Para Barroso, o caso ativista-judicial brasileiro é especial frente aos dos diversos outros países, devido ao seu volume e extensão¹⁷². As mais diversas circunstâncias, relacionadas à realidade política, à Constituição, bem como às competências dos Poderes deram grande destaque ao Supremo Tribunal Federal na mídia¹⁷³. Na visão de Luís Roberto Barroso, também é possível acrescentar a tudo isso o televisionamento direto dos julgamentos realizados no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por meio da TV Justiça. O que não ocorre de modo semelhante nas outras democracias modernas, em que as deliberações judiciais costumam ocorrer em audiências reservadas a portas fechadas¹⁷⁴.

Vale apontar que, na visão de Barroso, o ganho com o televisionamento direto dos julgamentos é maior do que a perda, em suas palavras:

Há quem não goste e, de fato, é possível apontar inconveniências. Mas o ganho é maior do que a perda. Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e bem intencionadas decidindo questões nacionais é

¹⁷⁰ Denominação de autoria do Ministro Carlos Ayres Brito. Vide palestra ministrada no Uniceub em 10/08/2015: <<https://www.uniceub.br/noticias/noticias-por-curso/2o-semester-2015/ativismo-judicial-versus-interpretacao-proativa-do-direito.aspx>> Acesso em: 01. jun.2017.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

¹⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia.¹⁷⁵

Para melhor entender o ativismo judicial, Barroso ensina que a auto-contenção judicial é antônimo de “ativismo judicial”. Para ele, a auto-contenção é a ação do Poder Judiciário que consiste em diminuir sua interferência nos demais Poderes. Seguindo esse pensamento, os tribunais e juízes evitariam a aplicação direta da Constituição em acontecimentos que não estão expressamente referenciados nela, esperando a manifestação do legislador ordinário para poderem atuar nesses casos. Outro ponto é a utilização de “critérios rígidos e conservadores” ao se analisar a inconstitucionalidade de atos normativos e de leis. Também buscam esquivar-se de intrometer-se na “definição de políticas públicas”.¹⁷⁶

Luís Roberto Barroso afirma que a auto-contenção judicial era predominante até a promulgação da Constituição de 1988. À seu ver, a diferença metodológica entre as duas posições está na de que enquanto o “ativismo judicial” pretende potencializar o texto constitucional sem apoderar-se do “campo da criação livre do direito”, a “auto-contenção” minimiza, em prol dos poderes políticos, o campo de incidência da Constituição¹⁷⁷.

Outro ponto fundamental e tema principal deste é a diferenciação entre os termos “judicialização” e “ativismo judicial”. A judicialização consiste em um fenômeno em que certos temas de grande repercussão social ou política são analisados e decididos não pelos poderes políticos normais¹⁷⁸, mas sim pelo Poder Judiciário. Dessa forma, é possível se afirmar que o fenômeno da judicialização desloca o poder político das instâncias tradicionais para o Poder Judiciário, formado pelos tribunais e juízes, que produz decisões sobre os mais diversos temas por meio de argumentação, linguagem e forma de participação em sociedade diferentes dos Poderes Políticos usuais¹⁷⁹.

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

¹⁷⁸ Para Barroso: “o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral”.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

Barroso aponta três principais causas para a ocorrência do fenômeno da judicialização no Brasil, quais sejam: I) a redemocratização do Brasil, cujo ápice ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988, a qual retomou as garantias da magistratura e elevou o Poder Judiciário à estatura de um real Poder Político, com capacidade e função de efetivar a Constituição e as leis, mesmo que em dissonância com os demais poderes. Fazendo, assim, com que a população demandasse mais do Poder Judiciário em busca da concretização das leis e da Constituição¹⁸⁰; II) a “constitucionalização abrangente” que, seguindo uma tendência mundial ¹⁸¹, passou a constitucionalizar diversas matérias antes reservadas somente ao âmbito legal ordinário e ao “processo político majoritário”; III) o “sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”, o qual se mostra como um dos mais inclusivos do planeta. Ao mesclar aspectos do sistema difuso e concentrado, o modelo brasileiro acabou por propositar um direito de acesso amplo ao Poder Judiciário¹⁸², inclusive por meio de Ações Diretas propostas pelo rol mais diverso de partes legitimadas¹⁸³.

Importante observar, quanto à segunda causa do fenômeno da judicialização no Brasil, a importância da constitucionalização de matérias antes reservadas à lei meramente ordinária. Para Barroso: “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”¹⁸⁴. Isso porque, ao se constitucionalizar uma matéria, se permite que os indivíduos levem ao Judiciário suas pretensões por meios de ações próprias em vista de exigir a realização de políticas públicas e ações concretas que lhe assegurem seus direitos constitucionalizados¹⁸⁵. Desse modo, verifica-se que a constitucionalização crescente de matérias no âmbito da Constituição de 1988 acabou por arar um espaço fértil ao aumento da judicialização da vida, o que dá destaque à essa segunda causa.

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017..

¹⁸¹ Barroso exemplifica essa tendência com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978).

¹⁸² Direito esse, conforme ensina Barroso, previsto no artigo 103 da Constituição/1988.

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

De outro modo, o ativismo judicial se mostra como um fenômeno cuja ideia principal reflete uma presença maior e mais intensa do Poder Judiciário no que se refere à efetivação das determinações constitucionais, mesmo que necessária certa intervenção no âmbito de atuação dos demais Poderes Políticos.

Dentre as condutas que identificam o fenômeno do ativismo judicial se encontram: I) a utilização da Constituição em eventos não expressamente declarados em seu texto e sem a necessidade de pronunciamento do legislador ordinário; II) a utilização de menos requisitos do que “os de patente e ostensiva violação da Constituição” para se declarar ato normativo advindo do legislador ordinário como inconstitucional; III) a determinação de uma atuação positiva ou negativa, a depender do contexto e situação, ao Poder Público no que se refere às políticas públicas

Quanto à origem histórico-jurídica do ativismo judicial, essa demonstra certas peculiaridades em relação ao histórico da judicialização¹⁸⁶. Barroso ensina que ambos “são primos” e que, mesmo advindo da mesma família, não possuem a mesma origem na história jurídica do Brasil.

Enquanto a judicialização brasileira se mostra como um fato decorrente do modelo constitucional adotado, conforme demonstrado nas páginas anteriores deste trabalho monográfico, o ativismo judicial se mostra como uma atitude, uma escolha de interpretar a Constituição de uma forma proativa a fim de expandir o seu sentido e alcance¹⁸⁷.

No mesmo sentido, aponta Lenio Streck, ao se referir ao posicionamento de Barroso quanto à distinção entre judicialização e ativismo judicial¹⁸⁸:

Não se pode discordar da leitura do fenômeno da judicialização da política como produto das transformações ocorrida no Direito com o advento de um novo texto constitucional. Em outras palavras, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário. É,

¹⁸⁶ No que se refere ao histórico da judicialização, esse já foi demonstrado na página anterior no que se refere às “causas da judicialização”. Contudo há de se fazer mais alguns apontamentos no decorrer deste texto sobre o tema.

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017. p.56.

portanto, por esse caminho que podem ser fixados os primeiros pontos, visando demonstrar as diferenças entre os dois temas em questão.¹⁸⁹

Na visão de Lenio, a judicialização trata de uma questão social independente do querer e da ânsia do Judiciário. Para ele, a judicialização pouco tem a ver com a jurisdição, uma vez que advém do aumento de litigiosidade¹⁹⁰, traço da sociedade de massas. Aumento esse decorrente de uma ampliação no reconhecimento de direitos e na decorrente ineficiência estatal em realizá-los¹⁹¹:

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes instituídos.¹⁹²

Barroso, por sua vez, afirma que a judicialização nada tem a ver com “um exercício deliberado de vontade política”¹⁹³, o Judiciário não possui alternativa nas suas decisões, somente a obrigação de decidir, advinda do mandamento constitucional que não lhe permite permanecer inerte diante de uma pretensão apresentada ao seu julgo, inclusive consagrado como direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário¹⁹⁴, nas palavras de Barroso: “Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.”¹⁹⁵.

¹⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017. p.56.

¹⁹⁰ Importante observar a anotação feita neste trabalho monográfico que se refere à segunda causa da judicialização no Brasil.

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017. p.56.

¹⁹² STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017. p.56.

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 0 fev. 2017.

¹⁹⁴ Vide artigo 5º, XXXV da Constituição Federal/1988.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

Por outro lado, na visão de Barroso, o ativismo judicial, como atitude e escolha de uma forma proativa de se interpretar a Constituição, visa expandir o alcance e sentido da constituição¹⁹⁶.

Assim sendo, é possível concluir que a judicialização e o ativismo judicial são fenômenos muito próximos, companheiros no tempo e no espaço jurídico brasileiro. Contudo, cada qual apresenta suas peculiaridades. Pelas ideias até agora expostas, parece razoável concluir que enquanto a judicialização se mostra como um fato relacionado à redemocratização do Brasil e à consequente necessidade de maior abrangência de direitos individuais e coletivos no texto constitucional, o ativismo judicial, seguindo essa corrente, é uma escolha de agir do Poder Judiciário que, se vendo nessa situação de garantidor e efetivador de direitos encontra, nesse modo de agir e interpretar a norma, um instrumento capaz de realizar esses direitos.¹⁹⁷

O termo “ativismo judicial” pode conter tanto o sentido aqui exposto de ser uma escolha de agir do Poder Judiciário, mas também pode ser empregado em sentido pejorativo, de forma a desqualificar a atuação do Poder Judiciário para além dos limites da lei. Isso posto, tratar-se-á no subtópico que se segue de uma visão alternativa à visão clássica de ativismo judicial, a qual também não se destoa completamente do que aqui se expôs sobre ativismo. Contudo, agrega ensinamentos pertinentes ao objetivo desta monografia, qual seja o de apresentar um instrumento eficaz a assegurar a segurança jurídica dinâmica.

3.2 Do ativismo constitucional

É nesse contexto, de hermenêutica constitucional, e admitindo o surgimento do Estado Constitucional, que a constitucionalista Christine Peter insere o seu conceito de “ativismo constitucional”. Atenta à força normativa da constituição, Christine nos ensina:

O ativismo constitucional é toda ação que tenha como meta realizar a Constituição, ou mais especificamente, é o conjunto de ações, sempre complexo e descentralizado, de fazer valer as normas constitucionais jusfundamentais em todas as práticas de poder, seja pelo administrador público, seja pelo legislador, seja pelo juiz.¹⁹⁸

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

¹⁹⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.77.

Esse deslocamento, que parte do ativismo judicial para o “ativismo constitucional”, ocorre em vista de se admitir o ativismo como próprio das funções de poder exercidas no contexto do Estado Constitucional¹⁹⁹.

A premissa básica do ativismo judicial, na visão de Christine Peter, está no fato de que “somente os demais órgãos de poder têm poderes, no jogo democrático, para estabelecer os limites e conter eventuais excessos dessa prática que, se monopolizada por qualquer dos interlocutores, apresenta-se inadequada a qualquer versão de constitucionalismo”²⁰⁰. Assim sendo, não é possível evitar a prática ativista no contexto do Estado Constitucional. Isso porque, as práticas ativistas seriam próprias do “exercício de poder constitucionalmente reconhecido pela Constituição”²⁰¹.

Para apresentar sua visão de ativismo constitucional, Christine se propõe a debater o tema sob três perspectivas principais, quais sejam: “a da razão ativista (ativismo constitucional ideológico); a da postura ativista (ativismo constitucional teórico); e a da atitude ativista (ativismo constitucional metodológico)”²⁰².

O ativismo constitucional ideológico pressupõe a consciência de que “existe um fundamento racional para considerarmos a Constituição como uma ordem objetiva de valores”. O que importa em admitir a teoria sobre direitos fundamentais da ordem de valor, a qual defende a vinculação do ordenamento jurídico como um todo aos direitos fundamentais. Essa teoria dá aos direitos fundamentais um caráter objetivo, abandonando o caráter de direito subjetivo²⁰³.

Uma vez admitidos os direitos fundamentais dentro da “teoria da ordem de valores objetiva”, infere-se que “o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos”, já que os direitos fundamentais, nessa teoria, acabam por se revelarem como verdadeiros princípios objetivos

¹⁹⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.77

²⁰⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.78.

²⁰¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.78.

²⁰² SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.78.

²⁰³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.78-79.

pelos quais, independentemente de se admiti-los ou não como direitos subjetivos, acaba por conferir aos cidadãos um estatuto de proteção.

Vale anotar os ensinamentos de Gilmar Mendes quanto às perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.²⁰⁴

Silva explica também:

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionada, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, nesse contexto, de uma responsabilidade comunitária de indivíduos.²⁰⁵

Sendo os direitos fundamentais elementos de alta carga axiológica e de responsabilidade comunitária dos indivíduos, pode-se inferir que os mais legitimados para a sua interpretação seriam os seus próprios destinatários, indivíduos que compartilham a responsabilidade pela sua eficácia e concretização.

Dessa forma, pode-se afirmar que o ativismo constitucional ideológico é aquele precipuamente responsável pela concretização dos direitos fundamentais nos mais diversos aspectos da vida jurídica, necessitando de motivação nas decisões e ações dos ativistas constitucionais a fim de tornar os direitos fundamentais efetivos²⁰⁶.

Quanto à essa primeira faceta do ativismo constitucional, qual seja a ideológica, a autora Christine Peter atenta para a crítica acerca da “teoria da ordem de valores” que consiste em afirmar que essa teoria é capaz de metamorfosear os direitos fundamentais em um “sistema

²⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreria. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 8, p. 131-142, 2004.p. 132. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1983624.pdf>> . Acesso em: 15 fev. 2017.

²⁰⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.73.

²⁰⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.78.

fechado”, alheio ao restante da Constituição, reconhecendo aos direitos fundamentais e às normas originárias certa hierarquia frente às outras normas constitucionais. Também aponta para a crítica quanto à uma possível relativização dos direitos fundamentais, uma vez que esses direitos poderiam sofrer uma inversão valorativa de forma arbitrária por meio da interpretação dada a eles.

De forma a esclarecer as críticas supramencionadas, Christine nos ensina que elas constituem riscos próprios do “processo de concretização irradiante dos direito fundamentais”, refletindo limites da própria prática ativista-constitucional, no seu aspecto ideológico. É nesse aspecto ideológico que se encontra a justificativa para o segundo aspecto do ativismo constitucional, qual seja o ativismo constitucional teórico²⁰⁷.

Nessa esteira, o ativismo constitucional teórico apresenta o Neoconstitucionalismo²⁰⁸ como um novo paradigma ao jurista e ao intérprete da norma. É nesse contexto neoconstitucional que o direito constitucional se reconhece como um “direito constitucional dos direitos fundamentais”, se colocando na posição central dentre as demais normas²⁰⁹.

Também é o ativismo constitucional, no seu aspecto teórico, que oferece a solução para o problema da legitimação do “ativismo judicial”, uma vez que pretende “evitar os excesso da maléfica concentração de poder na figura dos juízes”²¹⁰.

Outrossim, o ativismo constitucional teórico pretende corrigir o problema da falta de legitimação discursiva dos juízes e da conseqüente reprodução desordenada do nosso ordenamento jurídico. Isso porque, distintivamente da corrente realista, o ativismo constitucional teórico se funda no Neoconstitucionalismo, corrente a qual compartilha com o

²⁰⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.78-83.

²⁰⁸ Tema já tratado no primeiro capítulo deste trabalho monográfico.

²⁰⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.80-83.

²¹⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.78

positivismo a ideia de que direito é norma, o que não permite ao intérprete da lei que se afaste dos mandamentos normativos basilares sem o exame do devido processo legal substantivo.²¹¹

Christine afirma que o ativismo constitucional teórico, em resumo, pode ser visto como a atitude do jurista afinado com a teoria normativa dos princípios e afirma que essa teoria é a mais apropriada na concretização de direitos fundamentais devido à sua concepção dirigente, irradiante e horizontal.²¹²

No mais, conclui a autora quanto aos reflexos do ativismo constitucional teórico e sua proximidade com o fenômeno neoconstitucional:

Como reflexos mais específicos dessa novidade para a seara do direito constitucional, podem ser enunciados: i) o deslocamento da teoria dos direitos fundamentais como direitos subjetivos para a da teoria dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores constitucionais; e ii) o deslocamento da centralidade normativa exclusiva da figura do legislador para uma descentralização da produção normativa também para os demais órgãos que exercem função de poder (como o Judiciário e o Executivo) e até por atores não estatais ou quase estatais com influência política em seus âmbitos (como entidades e organizações nacionais e internacionais).²¹³

Por sua vez, a terceira faceta do ativismo constitucional defendido por Christine, qual seja a do ativismo constitucional metodológico, se traduz como sendo a “hermenêutica específica dos direitos fundamentais”, a qual exige uma metodologia de raciocínio totalmente conectado ao devido processo legal substantivo.

Essa afirmação funda-se no fato de que concretizar direitos fundamentais acarreta, de alguma forma, colisões ou concorrências²¹⁴ entre os direitos fundamentais de modo que o intérprete, ao decidir qual direito deverá prevalecer sob a óptica do método de ponderação, acaba por necessitar de uma fundamentação legítima e convincente de sua decisão. É nesse momento em que o ativismo constitucional metodológico, defendido pela Professora Christine,

²¹¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.78-83.

²¹² SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.82.

²¹³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.82.

²¹⁴ A autora Christine Peter diferencia “colisões” de “concorrência” de direitos fundamentais. Nos seus ensinamentos, “colisões” ocorrem entre direitos fundamentais de titulares diferentes enquanto “concorrência” ocorre entre direitos fundamentais de um mesmo titular.

apresenta-se como o instrumento metodológico capaz de fundamentar essa tão difícil decisão que envolve a colisão/concorrência de direitos fundamentais²¹⁵.

Quanto às perspectivas do ativismo constitucional, a constitucionalista Christine Peter da Silva conclui:

Assim, os deslocamentos ideológico, teórico e metodológico propostos neste trabalho supõem que as interações, cooperativas ou conflituais, entre as funções de poder do Estado e também entre aquelas e as da sociedade civil organizada devem ser avaliadas e controladas reciprocamente envolvendo ativismo constitucional de todas as funções públicas em direção à realização da máxima eficácia das normas constitucionais jusfundamentais.²¹⁶

Vale mencionar que Christine Peter da Silva defende a pluralidade de participantes no ativismo constitucional, admitindo um rol aberto de intérprete. À seu ver, podem ser ativistas constitucionais desde juízes a ativistas da sociedade civil organizada²¹⁷. Nas suas palavras:

No plano ideológico, portanto, o ativismo constitucional seria aquele inevitavelmente comprometido com a concretização dos direitos fundamentais em todos os âmbitos da vida jurídica, exigindo dos ativistas constitucionais (sejam juízes, legisladores, administradores, órgãos auxiliares da Justiça, ativistas da sociedade civil organizada, etc) um discurso justificador de suas ações e decisões estritamente vinculado à tarefa de tornar efetivos esses direitos.²¹⁸

De modo contrário, Lenio Streck, defende que o ativismo se caracteriza como um assunto “exclusivamente jurídico”, formado pelo Direito. À seu ver, é uma prática dos juízes no exercício de sua função jurisdicional. Não é possível, para o autor, a prática do ativismo judicial por intérprete que não seja dotado de função jurisdicional²¹⁹:

Por sua vez, o ativismo é gestado no seio do sistema jurídico. Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que

²¹⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev.2017. p.82-84.

²¹⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev. 2017. p.85.

²¹⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev. 2017. p.78.

²¹⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev. 2017. p.78.

²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017. p.56.

consistem em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável.²²⁰

Em suma, a divergência entre Christine Peter da Silva e Lenio Streck se justifica pelo fato de, enquanto Christine defende o que chama de “ativismo constitucional”, Lenio fala sobre o ativismo judicial e uma das marcas da diferença entre as duas teorias é exatamente a ampliação do rol de intérpretes normativos. É nesse ponto quanto aos intérpretes legitimados que se encontra um solo facundo para a exposição que se pretende fazer a seguir quanto ao ativismo judicial/constitucional como instrumento capaz de assegurar a segurança jurídica dinâmica por meio da aplicação hermenêutica aberta de Peter Häberle.

A abordagem acerca do ativismo constitucional é de fundamental importância para o desenvolvimento do tema da segurança jurídica dinâmica e, portanto, tratar-se-á, no subtópico que se segue tão somente do ativismo constitucional, uma vez que é nesse contexto que se desenvolve a ideia de segurança jurídica dinâmica.

3.3 Do Ativismo Constitucional como instrumento capaz de assegurar a Segurança Jurídica Dinâmica por meio da hermenêutica aberta proposta por Peter Häberle.

Conforme vimos até aqui, o conceito de segurança jurídica dinâmica que se propôs apresentar possui estreita relação com o advento do Estado Constitucional. Isso porque fatores como a heterogeneidade social, o pluralismo ideário e a consequente necessidade de interpretação aberta das normas tomam força nesse modelo de Estado.

Também vimos que o ativismo judicial, como defendido por Streck, é próprio do intérprete dotado de função jurisdicional²²¹. Afirmação essa contrastante à da jurista Christine Peter que defende um rol aberto de intérpretes no que chama de ativismo constitucional²²². Esse primeiro ponto de distinção entre as duas ideias apresentadas traz grande contribuição ao que aqui se pretende expor.

²²⁰ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017. p.56.

²²¹ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017. p.56.

²²² SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev. 2017. p.82-84.

Vejamos, se, por um lado, o ativismo judicial, conforme defendido por Streck, é exercido por meio de um rol restrito (fechado) de intérpretes, por outro lado, o ativismo constitucional, defendido por Silva, traz a necessidade de uma abertura no rol de legitimados a interpretar a norma.

O rol aberto de intérpretes defendido por Christine Peter mostra-se mais afinado com a ideia aqui apresentada de “segurança jurídica dinâmica”. Conforme foi exposto no capítulo 2 deste trabalho monográfico, a segurança jurídica dinâmica encontra, na interpretação aberta proposta por Häberle, maior eficácia para a sua prática de atualização e legitimação social da norma.

Afinal, é no contexto do Estado Constitucional que a legitimação das decisões não mais encontra refúgio no princípio democrático da representatividade, de modo contrário, a legitimação das decisões nesse Estado pluralista e heterogêneo se encontra na interpretação dada à norma pelos seus próprios destinatários, qual seja, pelos mais diversos entes da sociedade civil²²³:

No Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria de Democracia). A Ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (Grundrechtsverwirklichung), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia da realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente.²²⁴

Conforme se evidencia pelo trecho supratranscrito da obra de Peter Häberle, o Estado Constitucional abre espaço para novos intérpretes constitucionais. Não é mais somente a ideia de democracia clássica que rege esse sistema, por meio da ideia de representação democrática.

²²³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.p.36.

²²⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.p.36.

A legitimação democrática, nesse novo panorama, também ocorre por meio da participação direta do elemento “povo”²²⁵.

O elemento “povo” deixa de ser somente um “referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição”, conferindo legitimidade ao processo democrático, e passa a ser “um elemento pluralista” legitimador do processo constitucional²²⁶. Para Häberle, os direitos fundamentais são um pedaço do alicerce da legitimação da Democracia²²⁷.

Importante observar que, conforme anota Christine Peter da Silva, os “princípios” são normas jurídicas capazes de traduzir uma abertura no ordenamento jurídico aos valores da sociedade²²⁸, princípios esses, admitidos em um Estado Constitucional, cujo caráter plural inadmite uma concepção principiológica única, não devem ser tidos como únicos e hierarquicamente superiores aos demais²²⁹. Daí, podendo se inferir que são os princípios a porta de abertura para a hermenêutica aberta proposta por Häberle.

É nesse contexto de pluralidade e de matriz principiológica plural que o ativismo constitucional encontra terreno propício para sua fertilização e consequente concretização dos direitos fundamentais, seja através da aplicação direta da lei ao caso concreto ou do exercício do ativismo constitucional. Nas palavras de Christine Peter da Silva:

De todo modo, em resumo, diga-se do ativismo constitucional teórico que é aquela postura do jurista comprometido com a teoria normativa dos princípios, por ser a mais adequada para a concretização dos direitos fundamentais; com a perspectiva irradiante, dirigente e horizontal das normas constitucionais jusfundamentais, reconhecendo que além de direitos subjetivos os direitos fundamentais também compõem uma ordem objetiva de valores; e, por fim, com a dinâmica e interdependente função concretizadora das normas constitucionais, o que importa reconhecer que nenhuma das funções de poder é intérprete solipsista dos direitos fundamentais, devendo todos eles atuarem, em suas respectivas competências constitucionais, para a máxima efetividade da Constituição e seus preceitos.²³⁰

²²⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.p.36-38.

²²⁶ Häberle exemplifica: “como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. ”

²²⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.p.36-38.

²²⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Como se Lê a Constituição: Abordagem Metodológica da Interpretação Constitucional*. Revista de Direito Público nº 6, 2004, p. 136 e ss. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1368/836>> Acesso em 10 nov. 2016.

²²⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 67.

²³⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em 15 fev. 2017. p.82.

Häberle, atento ao aspecto plural do Estado Constitucional, nos ensina que a hermenêutica constitucional aberta por ele proposta é capaz de traduzir essa pluralidade social do âmbito público e da realidade de forma que as necessidades que ainda não constam no texto constitucional possam ser também traduzidas por essa metodologia de interpretação²³¹:

A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto.²³²

É nesse sentido que o ativismo constitucional se apresenta como instrumento capaz de atualizar a norma antes de sua atualização formal, assegurando assim o que aqui chamamos de segurança jurídica dinâmica. Miguel Reale reconheceu, por meio dos ensinamentos de Ascarelli, o aspecto “plástico” e “adaptável” da norma jurídica às circunstâncias²³³: “Segundo o mestre italiano, a norma jurídica, seja legal, jurisprudencial ou costumeira, é algo de plástico e de adaptável às circunstâncias. Destarte, ela inclui em si a sua interpretação.”.

No mesmo sentido, Reale ainda nos ensina que Ascarelli possui uma visão interessante acerca da existência de lacunas no ordenamento jurídico. Para Ascarelli, as lacunas seriam não uma inoperância do legislador, mas sim uma abertura da lei para o mundo “instável e dinâmico”²³⁴, o que aqui chamamos de segurança jurídica dinâmica reside exatamente nessa “brecha” dada pelo legislador para que os interpretes da norma jurídica, atentos às peculiaridades de sua realidade, optem por uma postura ativista no sentido de atualizar e maximizar o alcance de uma norma mais antiga aos espaços atuais e modernos. Nas palavras de Reale:

Para ASCARELLI, a existência de lacunas não constitui um fenômeno excepcional, nem é o sinal de deficiência na previsão do legislador. No seu modo de ver, a lacuna é inerente a todo e qualquer ordenamento, porquanto nunca será possível superar o conflito que, de um a forma ou de outra, se põe entre o "corpus júris", por sua natureza estático, e o mundo instável e dinâmico dos interesses disciplinados: entre um e outro

²³¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p.43.

²³² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p.43.

²³³ REALE, Miguel. *A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli*. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66878/69488>>. Acesso em: 25 fev. 2017, p. 203.

²³⁴ REALE, Miguel. *A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli*. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66878/69488>>. Acesso em: 25 fev. 2017, p. 203.

resta sempre um claro inevitável, uma área sócio-econômica destituída de disciplina normativa, quer originariamente, quer por motivos supervenientes.²³⁵

Dobrowolski também reconhece ser um desafio ao Poder Judiciário a “pouca durabilidade das normas”, bem como as normas mal redigidas e conflituosas. Para o autor, incumbe ao poder Judiciário: “desfazer as antinomias, compor as incoerências, dar sentido a essas normas, para permitir-lhes aplicabilidade”.²³⁶

Sílvio Dobrowolski ainda reconhece a necessidade de um Judiciário altivo frente à globalização corrente que acaba por maximizar a potencialidade dos aspectos lesivos da atividade econômica e da tecnologia²³⁷, contexto esse compartilhado com o qual se insere a segurança jurídica dinâmica. Em suas palavras:

Não é admissível um Judiciário que permaneça encastelado, a decidir, comodamente, apenas conflitos privados sem maior expressão, perante a realidade sóciopolítica dos dias presentes. É compreensível uma Justiça “quase nula”, ao tempo dos iluministas, quando as populações eram rarefeitas, a tecnologia incipiente e os recursos estatais destituídos de maior potencialidade. Atualmente, quando os meios da técnica e a atividade econômica e social possuem aptidão para causar graves efeitos lesivos às populações massificadas, e perante um crescimento desorbitado da atuação estatal, capaz de violar direitos de incontável número de pessoas, é preciso um Judiciário que não se abstenha perante esses poderes agigantados, mas que tenha condições para enfrentá-los em patamar de igualdade.²³⁸

Também foi apresentado neste trabalho monográfico a visão de Luís Roberto Barroso que admite o ativismo judicial como atitude e escolha de uma forma proativa de se interpretar a Constituição, visando expandir seu alcance, bem como seu âmbito de atuação²³⁹.

Essa visão muito se relaciona ao conceito de segurança jurídica dinâmica. Isso porque a segurança jurídica dinâmica, admitindo o aspecto plural da sociedade e a força normativa da constituição, próprios da ideia já desenvolvida e apresentada neste trabalho monográfico de “Estado Constitucional”, dá ao direito sua atualização no campo concreto, de forma que os intérpretes da Constituição possam, por meio das técnicas adequadas de hermenêutica,

²³⁵ REALE, Miguel. *A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli*. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66878/69488>>. Acesso em: 25 fev. 2017, p. 203.

²³⁶ DOBROWOLSKI, Sílvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 16, n. 31, p. 92, 1995. p. 94.

²³⁷ DOBROWOLSKI, Sílvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 16, n. 31, p. 92, 1995. p. 100.

²³⁸ DOBROWOLSKI, Sílvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 16, n. 31, p. 92, 1995. p. 100.

²³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

interpretar a norma em vista de atualizar seu conteúdo ao contexto social que se pretende aplicar.

Quem melhor para assegurar a atualização do Direito frente ao aspecto dinâmico da sociedade do que a própria sociedade em que se encontram inseridos os destinatários da norma? É nessa esteira que se evidencia a estreita coligação entre a segurança jurídica dinâmica e a hermenêutica constitucional aberta defendida por Häberle. A interpretação aberta da norma acaba por se traduzir em um instrumento teoricamente eficaz e útil ao asseguramento da segurança jurídica dinâmica, uma vez que é a sociedade quem primeiro experimenta a sua mudança, decorrente de sua dinamicidade.

O ativismo constitucional, portanto, é o corpo pelo qual a hermenêutica constitucional aberta, proposta por Häberle, encontra seu sustentáculo para produzir a atualização do direito frente à dinamicidade da sociedade e, assim, assegurar a segurança jurídica dinâmica.

Em resumo, a ideia do jurista alemão Peter Häberle de que o rol de intérpretes da constituição deve se mostrar aberto é plenamente condizente com o que Christine Peter denominou “ativismo constitucional”, ativismo o qual utiliza da hermenêutica constitucional aberta de Häberle para concretizar os direitos fundamentais. Nesse sentido, conforme já dito aqui, a segurança jurídica dinâmica encontra no “ativismo constitucional” proposto por Christine Peter e, conseqüentemente, na hermenêutica constitucional aberta de Häberle, instrumentos potencializadores e capazes de realizar a atualização da norma à sociedade líquida e dinâmica em que estamos inseridos, garantindo assim a mais adequada prestação jurisdicional e realização da justiça material.

Ademais, vale observar que a ideia de segurança jurídica dinâmica aqui apresentada também possui suas falhas, assim como possui qualidades. Diversas são as dificuldades enfrentadas ao se pensar a segurança jurídica dinâmica. Isso porque, se por um lado ela oferece justiça no caso concreto, atualização normativa e a devida prestação jurisdicional, por outro, acaba por possuir diversas fragilidades.

Em realidade, a segurança jurídica, em seus dois aspectos, quais sejam o estático e o dinâmico, representam um *trade-off*. Se por um lado se ganha com a segurança jurídica estática maior previsibilidade das decisões, por outro se perde quanto à justiça no caso concreto – a exemplo: a coisa julgada inconstitucional. O mesmo ocorre com a segurança jurídica dinâmica,

se por um lado se ganha com a atualização do direito e a justiça no caso concreto, por outro lado se perde na previsibilidade das decisões.

Ainda constitui um grande desafio desenvolver a metodologia a ser utilizada na aplicação da segurança jurídica dinâmica. Mas, pelo estudo que se realizou neste trabalho monográfico, é possível concluir que a análise quanto a qual instituto deve-se privilegiar não deve ser feita em abstrato, mas sim no caso concreto em que se apresentar. Quando da necessidade de se aplicar um deles ao caso concreto, deve a escolha ser feita ponderando-se os direitos e as consequências fáticas que cada instituto poderá trazer à realidade das partes envolvidas.

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu distinguir os aspectos da segurança jurídica ante o modelo de Estado de Direito e ante o modelo de Estado Constitucional. Para tanto, desenvolveu-se, no primeiro capítulo deste trabalho, anotações acerca das características de ambos os modelos de Estado e seus principais afluentes.

O Estado de Direito, modelo regido pela supremacia da lei e pelo consequente apego ao formalismo normativo, traz como ideia fundante de seu ideário a de que o Estado deve se submeter a um Regime de Direito nas relações entre ele e os indivíduos. Dois pontos são centrais nesse Regime de Direito, quais sejam: I) ele determina que haja instrumentos regulados e autorizados pela ordem jurídica para autorizar o Estado a agir em relação aos indivíduos – ou seja, a atividade estatal se encontra limitada ao que lhe é autorizado fazer por meio da lei; II) coloca à disposição dos indivíduos uma gama de mecanismos jurídicos para lhes salvaguardar dos eventuais abusos do Estado, uma vez que eles se encontram em uma situação de vulnerabilidade frente ao Estado.

Contudo, com a constatação de que regimes autoritários poderiam se utilizar do argumento de legalidade para cometer diversas atrocidades como aconteceu no caso do nazismo alemão, a teoria positivista é superada e revista pela teoria pós-positivista, a qual oferece fulcro à formação do Estado Constitucional.

O Estado Constitucional, estruturado no ideário pós-positivista, visa atribuir à norma constitucional o *status* de norma jurídica, uma vez que até então ela era vista somente como uma Cartilha Política. Dessa forma, a Constituição passa a contar com força normativa e, consequentemente, traz diversas mudanças de paradigmas em relação ao modelo de Estado de Direito, quais sejam o deslocamento da(o): I) primazia da lei para a primazia da constituição; II) reserva legal para a reserva constitucional; III) controle jurisdicional da legalidade para o controle jurisdicional da constitucionalidade.

Nessa esteira, percebeu-se que a segurança jurídica possui traços próprios em cada um dos modelos de Estado acima referidos. No Estado de Direito, a segurança jurídica aparece muito atrelada à ideia de legalidade, em três principais aspectos: I) como um subprincípio do próprio Estado de Direito capaz de efetivar a ideia de justiça material; II) como uma garantia de dupla relação – garantindo as relações entre os particulares e, também, a relação entre o indivíduo e o Estado; III) como princípio informador e elementar da liberdade dos indivíduos.

Pela vertente da segurança jurídica no Estado de Direito, percebe-se que seu conteúdo se preocupou precipuamente com a guarda do indivíduo frente ao mando estatal. Isso porque o período histórico ao qual esse modelo de segurança jurídica foi pensado é de extrema insegurança social e, principalmente, de primeiros passos na realização da Democracia Ocidental. O Estado acabava de deixar o papel de “monstro”, conforme referido por Hobbes, e passava a ter seu poder limitado e voltado à realização dos direitos dos cidadãos.

Essa primeira vertente de segurança jurídica, a qual foi denominada neste trabalho monográfico como sendo a vertente estática, se mostra pouco volátil e demasiadamente arraigada aos procedimentos e formalidade da lei. Claro que é importante e necessário que se mantenha a previsibilidade das decisões por meio de uma segurança jurídica mais “freada”, uma vez que ela exerce um papel limitador às tendências autoritárias do Estado. Contudo, não se pode se ater tanto às formalidades e à letra fria da lei de modo que se esqueça de acompanhar a evolução social.

Por outro lado, a vertente da segurança jurídica concernente ao Estado Constitucional, qual seja a da segurança jurídica dinâmica, se mostra mais afinada com as velocidades das transformações sociais e a necessidade de constante atualização da norma jurídica para ser aplicada aos casos concretos que se apresentam. Apesar de, claro, ser necessário se preocupar com a previsibilidade das decisões, por outro lado, o Judiciário também deve se preocupar em prestar adequadamente a jurisdição, de forma a realizar a justiça no caso concreto.

A aplicação de leis ultrapassadas, que não acompanharam a evolução dinâmica da sociedade produz efeitos tão nocivos quanto à falta de previsibilidade das decisões judiciais. Não deixa de se traduzir em segurança jurídica a atividade de atualizar a norma aos contextos em que se aplica, uma vez que a norma muitas vezes é editada dezenas de anos antes dos casos concretos que se apresentam atualmente.

Vive-se em uma sociedade líquida e altamente dinâmica, as relações se mostram extremamente voláteis e pouco duradouras. O mesmo acontece no âmbito do Direito, normas, antes perfeitamente amoldadas à configuração social de uma época, hoje não mais passam de mero instrumento histórico. Não se pode deixar de acompanhar essa dinamicidade social, principalmente no campo do direito.

Também se passa a ver a necessidade de que a segurança jurídica agregue, ao seu caráter de “previsibilidade das decisões judiciais em acordo com as normas postas”, o caráter de uma

prestação jurisdicional adequada e eficiente, no sentido de ser uma prestação atualizada ao momento social e histórico em que é prestada, bem como uma prestação que realize a justiça no caso concreto.

O Estado Constitucional se mostra como um Estado Pluralista, abandonando o modelo hierarquizador da lei e admitindo a existência de uma gama heterogênea de fatores sociais que influenciam, diretamente, a produção da norma jurídica. O modelo de segurança jurídica dinâmica busca, em prol do pluralismo do Estado Constitucional e do reconhecimento de que esse pluralismo interfere diretamente na produção do direito, atualizar o direito de acordo com os aspectos plurais da sociedade e com a ultra-dinamicidade das relações modernas, evitando que a um caso concreto se aplique uma lei totalmente destoante da realidade temporal e espacial em que o caso se localiza.

Não se pode exigir dos legisladores que permaneçam atualizando toda letra da lei de acordo com a evolução social. Não é humanamente possível acompanhar as velocidades da liquidez social e sua dinâmica. Aliás, se leva certo tempo até que se percebam essas novas tendências, elas simplesmente começam a ocorrer no campo social, dentre os indivíduos e seus grupos.

É nesse ponto que o ativismo constitucional, conforme proposto pela constitucionalista Christine Peter da Silva, mostra-se como o instrumento viável e capaz de dar segurança jurídica dinâmica à sociedade. Conforme se pretendeu defender neste trabalho, parece haver uma solução para essa necessidade de atualização ultra-dinâmica do Direito, o que seria possível através da Hermenêutica Constitucional aberta, proposta por Häberle.

A realização da atualização dinâmica das normas de forma que ao caso concreto seja dada a aplicabilidade mais coerente com o aspecto temporal em que se interpreta a norma, se instrumentaliza por meio da interpretação dos princípios. Sendo os princípios reconhecidamente, no contexto do Estado Constitucional, como normas jurídicas que possuem a capacidade de produzir uma abertura no ordenamento jurídico para que esse acesse os valores da sociedade, pode-se inferir que são eles a porta que permite a entrada no ordenamento jurídico da Hermenêutica Constitucional Aberta de Häberle. Isso porque a interpretação mais adequada, no contexto da segurança jurídica dinâmica, é aquela que traduz a sociedade à qual a norma é aplicada.

O Estado Constitucional possui uma matriz principiológica plural, conforme ensinado por Luño, cujo conteúdo possui maior grau axiológico do que o conteúdo das regras. É nesse conteúdo axiológico que se insere a interpretação normativa mais afinada com a segurança jurídica dinâmica, uma vez que através dele é possível trazer ao ordenamento jurídico os valores da sociedade, bem como alterar a semântica das regras, caso necessário.

Contudo, qual entidade seria a mais legítima para realizar o árduo trabalho hermenêutico nesse modelo de Estado, visando a garantir o aspecto da segurança jurídica dinâmica?

Quem melhor do que os próprios destinatários da norma para interpretá-la, uma vez que são eles quem estão inseridos no campo altamente dinâmico da sociedade? Aliás, com o advento do Estado Constitucional, modelo de Estado no qual se insere a vertente dinâmica da segurança jurídica, o pluralismo social tomou grande importância em seu cenário. É exatamente a interpretação aberta, proposta por Häberle, o instrumento capaz de traduzir essa pluralidade.

Não é somente mais a ideia de Democracia Clássica que rege o sistema do Estado Constitucional, a legitimação democrática, nesse novo cenário, deve ocorrer também por meio da participação direta do povo. O povo não mais se manifesta somente no dia das eleições, com o intuito de conferir apenas legitimidade ao processo democrático. Além disso, o povo, no Estado Constitucional, se constitui como sendo “um elemento pluralista legitimador do processo constitucional”. E para se constituir um elemento legitimador do processo constitucional, ele deve estar inserido na participação e concretização desse processo.

Vale anotar que, no desenvolvimento do presente trabalho, percebeu-se a necessidade da convivência conjunta entre o que aqui se chamou segurança jurídica estática e segurança jurídica dinâmica. Há casos, como os da esfera penal, em que a segurança jurídica dinâmica poderia acabar por corresponder a injustiças caso fosse aplicada para a realização de uma interpretação *in malam partem* ao réu. Contudo, há casos, principalmente no âmbito civil, em que as relações sociais ocorrem com maior dinamicidade e em que o terreno é muito fértil e aberto para o pacto das formas entre as partes e uma menor interferência do direito positivado, em que a segurança jurídica dinâmica se mostra mais adequada de ser aplicado. Contudo, mesmo nesses casos, alerta-se para o fato de que não se deve abandonar a segurança jurídica estática. Ambas devem conviver em harmonia e, quando colidirem, deve-se dar preemência à uma de suas formas sem que se aniquile a outra.

Em resumo, dentro do conteúdo uno da Segurança Jurídica explicita-se dois paradigmas com funções distintas, porém complementares: a função estática e a função dinâmica. Enquanto a função estática da segurança jurídica cuida para que se tenha previsibilidade das decisões e para que se preserve a coisa julgada, a sua função dinâmica cuida para com que se aplique a um caso concreto a norma conforme os moldes dados pela sociedade em que ela se insere e, assim, evite-se a injustiça no caso concreto em se aplicar uma norma retrógada e não mais usual.

Assim sendo, conclui-se que o conteúdo dos dois paradigmas da Segurança Jurídica é indissociável. Apesar de, em determinados casos, a prevalência de um dos paradigmas ser necessário para a realização da boa lógica jurídica, deve-se prezar pela convivência de ambos os paradigmas, seja um deles em igual ou menor medida do outro, evitando-se que assim a Segurança Jurídica seja aplicada somente de forma parcial.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 out. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo*. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/102/86>>. Acesso em: 5 nov. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2014.
- BOBBIO, Norberto; NOGUEIRA, Marco Aurélio. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang; DE AGAPITO SERRANO, Rafael. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2013.
- BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. *Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9241>>. Acesso em: 07. set. 2016.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRÜSEKE, Franz Josef. *Caos e ordem na Teoria Sociológica*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_22/rbcs22_07.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares Gradiva Publicações, 1999.

CAMPOS, Eduardo Caron de. *Segurança Jurídica: surgimento, trajetória e função*. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/artigos/seguranca-juridica-surgimento-trajetoria-e-funcao/34106/>> Acesso em: 10 out. 2016.

DANTAS, Eduardo Sousa. A força normativa da Constituição e a eficácia das normas constitucionais no direito brasileiro. *Revista Direito e Liberdade*, v. 11, n. 2, p. 21-36, 2010. Disponível em: < http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/317/340>. Acesso em: 7 out. 2016

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

DOBROWOLSKI, Sílvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 16, n. 31, p. 92, 1995.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 98, p. 411-422, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Biblioteca Virtual do Supremo, 2005. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/15996426.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreria. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 8, p. 131-142, 2004.p. 132. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1983624.pdf>> . Acesso em: 15 fev. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

PENARIOL, Eduardo Luiz. *A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequente alterações legislativas*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901>. Acesso em: 10 out. 2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

REALE, Miguel. *A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli*. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66878/69488>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009. Disponível em: < http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/30748312/Daniel_Sarmiento_-_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1490021976&Signature=hShYnyXygs2%2F%2FYu%2FksE3vndoKls%3D&response-content-

disposition=inline%3B%20filename%3DO_neoconstitucionalismo_no_Brasil_por_Da.pdf> .

Acesso em: 5 out. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do

ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, 2015. Disponível em: <

<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Como se Lê a Constituição: Abordagem Metodológica da Interpretação Constitucional. *Revista de Direito Público*, n.6, p. 136, 2004. Disponível em:

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1368/836>> Acesso em: 11 nov. 2016.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. 2, 2015. Disponível

em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3094/pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado de direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4438, 26 ago. 2015. Disponível

em: <<https://jus.com.br/artigos/42128>>. Acesso em: 8 out. 2016.

SILVA, José Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em: 30 ago.2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Ductil: leys, derechos, justicia*. 10.ed. Madrid: Editorial Trotta. 2011.